Broadcasting Policy and Copyright Law

A[illegible]alysis of a Cable Rediffusion Right

Robert E. Babe and Conrad Winn

Government of Canada
Department of Communications

Gouvernement du Canada
Ministère des Communications

BROADCASTING POLICY AND COPYRIGHT LAW

An Analysis of a Cable Rediffusion Right

Robert E. Babe
and
Conrad Winn

AUTHORS

Robert E. Babe is a consulting economist based in Ottawa who has specialized in the Canadian communications industries. He has taught economics and communications in several universities, including the University of Ottawa, where he currently teaches part-time. He is the author of two books and numerous articles in the field and has been called to testify on several occasions as an expert before Canadian tribunals. He is a frequent consultant to the Department of Communications.

Conrad Winn is Associate Professor of Political Science at Carleton University and an Associate of the Centre for Public Policy and Program Assessment. He has taught environmental studies and history, and is a former Secretary-Treasurer of the Canadian Political Science Association. His publications have been concerned with political behaviour, public policy, and public expenditures. He has been a consultant in copyright, broadcasting, and other fields.

PREFACE

Canada's Copyright Act has not been revised since coming into force in 1924. The Government of Canada through the agency of the Interdepartmental Copyright Committee has been studying copyright issues. In view of the complexity of the issues underlying this important area, the Department of Communications retained Dr. Robert E. Babe, a consulting economist, and Professor Conrad Winn of Carleton University to prepare a study on cable copyright liability from the perspective of Canada's broadcasting policy.

Broadcasting Policy and Copyright Law: An Analysis of a Cable Rediffusion Right is a unique study in that for the first time the two subjects of broadcasting policy and copyright law are considered as two interactive and complementary streams of policy. This study will cause the reader to stop and consider basic questions such as how the new Copyright Act should be coordinated with Parliament's declaration of broadcasting policy in section 3 of the Broadcasting Act.

Our departure point is the landmark study, Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law, written by A.A. Keyes and C. Brunet, and published in 1977 by Consumer and Corporate Affairs Canada. From the perspective of Canada's broadcasting policy, Dr. Babe and Professor Winn examine the pros and cons of the Keyes and Brunet recommendations concerning simultaneous cable rediffusion of broadcasts. They also consider the question of alternatives to cable copyright, and in conclusion, they advance definite recommendations as to what should be contained in the new Copyright Act for cable rediffusion.

Of course, the views expressed in this study are those of the authors and are not necessarily those of either the Department of Communications or of the Government of Canada. The department welcomes comments from groups or individuals interested in this study.

Department of Communications

CONTENTS

	Executive Summary	*Conrad Winn*	iii
Chapter 1	**Introduction**	*Robert E. Babe*	1
Chapter 2	**Copyright as Property**	*Robert E. Babe*	16
Chapter 3	**Property Rights in Broadcasting**	*Robert E. Babe*	38
Chapter 4	**Some Economic Issues**	*Robert E. Babe*	76
Chapter 5	**Cable Copyright, Cultural Policy and Broadcasting Policy**	*Conrad Winn*	106
Chapter 6	**Copyright, Federal-Provincial Relations, and International Relations**	*Conrad Winn*	126
Chapter 7	**Administrative and Regulatory Issues**	*Conrad Winn*	149
Chapter 8	**Cable Copyright and Other Potential Rights**	*Conrad Winn*	173
Chapter 9	**Alternatives to Copyright**	*Conrad Winn*	180
Chapter 10	**Conclusions and Recommendations**	*Robert E. Babe and Conrad Winn*	193
Appendices I, II, and III			210
Cited References			235
Index			248

ACKNOWLEDGEMENT

The project was carried out under the authority of Denis Guay, Director of Regulatory Affairs, Department of Communications while James Hum fulfilled the role of project officer. Mr. Hum went far beyond the call of duty, providing vital information, incisive judgments, and critical comment. We are also grateful to Don Lytle of the Canadian Broadcasting Corporation, who shared his considerable knowledge of U.S. copyright practices and of culture and communications in general. Through his published work and in person, Mr. A.A. Keyes was likewise of substantial assistance. We would also like to thank the following individuals:

G.E. Steele, Wayne Stacey, Gerry Acton, William Hawkins, Mark Lewis and David Macdonald of the Canadian Association of Broadcasters; Michael Hind-Smith and Bruce McDonald of the Canadian Cable Television Association; A.D. Cameron and Donald MacLean, Department of Communications, and Wanda Noel, consultant to the Department; David Long, Ministry of Transportation and Communication, Government of Ontario; Carole Delisle, Ministère des Communications, Gouvernement du Québec; Richard Simpson, Communications Secretariat, Government of Saskatchewan; Douglas Smith, Department of Government Services, Government of Manitoba; Gordon Haase, Public Utilities and Telephones, Government of Alberta; and Roger Wagner, bi Associates, Washington, D.C.

As always, we note that all errors, ommissions, and foibles are purely of our own doing.

Executive Summary

by Conrad Winn

In April, 1977, the Department of Consumer and Corporate Affairs published a working paper by A.A. Keyes and C. Brunet entitled **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law.** The working paper considered a wide range of questions relating to copyright. In the field of broadcasting Keyes and Brunet recommended that Canadian broadcasters be granted a right to authorize the simultaneous rediffusion of their Canadian broadcasts. Keyes and Brunet proposed the creation of a Copyright Tribunal with authority to determine the amounts and procedures relative to the distribution of royalties to Canadians.

In November 1980, Robert E. Babe and Conrad Winn were commissioned by the Department of Communications to evaluate the strengths and weaknesses of the Keyes-Brunet proposals from the perspective of federal broadcasting policy and other related policies. The attached report consists of 10 chapters plus appendices. Each chapter was written by one or other of the two authors but reflects the substantive judgements of both. The concluding chapter especially embodies the views of both authors, having been revised in an interactive fashion on several occasions.

In Chapter 1, **Introduction,** R.E. Babe identifies the two principal themes of the report -- copyright and communications. He notes that copyright law determines the parameters for the allowable use of and payment for copyright material. Copyright law therefore becomes an instrument permitting government to influence the flow of information and cultural expression in society. Communications policy consists of a set of government goals for society, the achievement of which is sought by means of copyright and/or by means of many other possible instruments of government. The traditional communications goals for Canada have included encouraging a greater sense of Canadian self-awareness and a greater sharing of information and expression within Canada.

The impetus to reform copyright arises from the fact that Canadian copyright law, modelled on the British statute of 1911, does not fully encompass newer electronic technologies. The active review of Canada's copyright law began with the Ilsley Royal Commission in 1954. There followed a major Economic Council study in 1971 and several works initiated by Consumer and Corporate Affairs, of which the Keyes-Brunet report was the most encompassing.

The consultants were asked to undertake five tasks:

(1) to evaluate the Keyes-Brunet proposal that "Canadian broadcasters be granted a right to authorize the simultaneous rediffusion of their Canadian broadcasts" and the proposal to establish a Copyright Tribunal,

(2) to assess the Consumer and Corporate Affairs paper, "Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons," prepared by S.J. Liebowitz,

(3) "to assess the potential of copyright law to resolve the apparent problem between cable rediffusion of U.S. TV signals and the protection of exclusive broadcast rights purchased by Canadian stations,"

(4) to discuss the type, manner, and desirability of rediffusion payments "taking into account such complexities as Canada-U.S. relations,"

(5) to recommend feasible alternatives to rediffusion payments.

In Chapter 2, **Copyright as Property,** R.E. Babe defines copyright as a specialized branch of property law pertaining to the class of productive property known as intellectual property. The rights to property are seen as a claim to monetary or non-monetary benefits as enforced by government. Quoting the noted 18th century utilitarian philosopher, Jeremy Bentham, Babe observes that

> Property and law are born together, and die together. Before laws [including common laws] were made, there was no property; take away laws, and property ceases.

As a result of the increasing separation of ownership and control in the modern economy and as a result of the growing importance of knowledge and other ephemeral goods, property should no longer be viewed primarily as a claim to physical possession. Furthermore, property rights should normally be treated as restricted rights. Otherwise, the unrestricted rights of some may do damage to the rights of others.

The nature of property rights and the restrictions which are placed upon them may change from country to country and from era to era depending upon the types of physical or ephemeral goods in existence and depending upon the priorities of government. Legal definitions of property provide the environment in which economic forces operate. Because the assignment of rights affects what is produced, governments employ legal definitions of property as a means of achieving societal objectives.

Governments have a special need to give careful legal definition to property in those instances where public goods are involved or where significant externalities arise. Public goods or social wants are those activities such as defence or broadcasting whose benefits are not restricted to those who choose to pay.

In Chapter 3, **Property Rights in Broadcasting**, R.E. Babe confronts the inconsistency between societal objectives as expressed in the **Broadcasting Act's** commitment to Canadian content and societal objectives as revealed by viewer preferences for foreign-produced programs. He suggests that Canadians do desire a broadcasting system which enhances the sense of nation but are disillusioned with the programming which is actually produced by Canadians under the incentives provided by the current system of property.

Under the current system of property, cable companies are legally entitled to rediffuse broadcasts without compensation to copyright owners and are entitled to delete and substitute commercial messages, at least in the case of U.S. broadcasts. The property rights of cable companies are somewhat circumscribed by regulation so that CRTC permission is required, for example, before any rediffusion actually takes place.

Under CRTC regulation, cable companies are treated like public utilities insofar as they are enfranchised on a monopoly basis and their rates are subject to approval. But, unlike public utilities, cable companies are not obliged to service unprofitable areas and their profits are exempt from direct scrutiny. Cable television is highly profitable. For the year, 1978, Dr. Babe estimates the sum of $28.6 million as the industry's surplus earnings, i e. earnings over and above those required to yield 15 percent on invested capital after tax.

The private television broadcasting industry is substantially more profitable than cable, having pre-tax rates of return on net assets and working capital of 45 percent in 1977 and 55 percent in 1978. Compared to the CBC, the private broadcasters provide relatively little Canadian content, little independently produced Canadian content, and little Canadian content capable of attracting large audiences.

The smaller amount of Canadian and independent programs in private broadcasting is attributable to two factors: the lower costs of audience-catching foreign produced programs and the system of property in the Canadian broadcasting system. Private broadcasting could be made accessible to independent creators if

private broadcasting were restructured by government, possibly according to the British model. But, given the current system of property, the CBC has an incentive, but the private broadcasters do not, to make use of the talents of independent production companies.

In Chapter 4, **Some Economic Issues,** R.E. Babe discusses whether copyright amounts to monopoly or whether it constitutes merely another property right. If copyright is perceived to be a form of monopoly, it is probably logical to conclude that most copyright laws should be weakened or abolished, not strengthened. But, if copyright is perceived to be just another property right, what should be done about copyright will be judged according to how well the marketplace has contributed to the broad goals of society.

In practice, television viewing provides a wide range of choice so that the television programming industry does not constitute a monopoly. Viewers are normally able to choose between stations, between different programs on the same station, and between television and no television. Successful programs breed imitations. Furthermore, conventional broadcasting is being challenged by dozens of channels delivered via satellite and by the growing videodisc market. Telephone companies, electric utilities, and cable systems are true monopolies. It is at best an exaggeration to suggest that copyright law bestows upon the originators of television programs a significant degree of monopoly.

In Chapter 5, **Cable Copyright, Cultural Policy, and Broadcasting Policy,** Conrad Winn assesses the Keyes-Brunet proposals on the basis of the principles which underlie Canadian cultural and broadcasting policies. He observes that it is difficult to identify these principles. The very idea of culture is a conundrum. Is culture the activity of traditional artists and artisans, or does it encompass all activity impacting on values, beliefs, and identity? For practical reasons, Dr. Winn advocates a middle range concept, which encompasses education, religion, and mass communication along with traditional cultural sectors such as music and publishing. Various impediments to the formulation of cultural policy are also discussed: the weakness

of national symbols, biculturalism, federalism, pragmatism, Puritanism, and the perceived totalitarian implications of government involvement in culture.

Four principles of federal cultural policy are identified. The first principle is to enhance the cultural awareness and identity of Canadians. The second principle is to emphasize mass culture, especially broadcasting. The third principle is to augment the resources of Canadian cultural producers so that they can compete more effectively in the marketplace. The fourth principle is the ideal of cultural freedom. Dr. Winn discusses how these principles of cultural policy are paralleled in broadcasting policy.

The chapter concludes that the Keyes-Brunet proposals are consistent with the main principles underpinning Canadian cultural and broadcasting policies. Principle # 2, which emphasizes mass culture and broadcasting, implies that a rediffusion right should be given the most serious consideration. Principle #1, the enhancement of indigenous cultural expression, is implemented in the Keyes-Brunet proposal to protect Canadian broadcasts only. In the absence of CRTC regulation, the copyright protection of Canadian broadcasts might discourage the cable carriage of Canadian broadcasts. But, the selection of channels carried by cable is subject to regulation. Principle # 3 (more resources for Canadian producers) would be achieved if the rediffusion right were structured so that Canadian artists/creators/producers received higher revenues. Principle # 4 (cultural freedom) would be achieved if special consideration were given to Canadian artists/creators/producers who are independent.

In Chapter 6, **Copyright, Federal-Provincial Relations, and International Relations,** Conrad Winn observes that copyright falls under the exclusive authority of the federal government. Nonetheless, the federal government may benefit by consulting the provincial governments. Copyright policy has implications for cultural industries in which provincial governments have an interest. Inter-governmental consultation on copyright may become a catalyst for greater provincial support for cultural

industries and greater inter-provincial and federal-provincial coordination of effort. At the present time, provincial views of a cable rediffusion right are partly inchoate and partly divided. As a result of consultation, provincial governments may become more sensitive to Ottawa's difficulties in reconciling inter-provincial and inter-regional differences. Consultation may also yield novel policy proposals. Yet, the need for consultation should not unduly delay the long awaited revision of the law.

With respect to international relations, Dr. Winn argues that Canada's multilateral obligations do not rule out a rediffusion right for Canadian broadcasts only. Canada is entitled to protect indigenous cultural products such as broadcasts which are not subject to the copyright conventions to which Canada has acceded. Canada's commitments under GATT do not prevent the introduction of a limited rediffusion right because GATT strictures against protectionism include many exemptions for cultural motives.

United States reaction is likely to be less forceful than it was in the case of the removal of tax deductibility for advertising on U.S. border stations because the loss of revenue represented by the Keyes-Brunet proposal is potential rather than immediate. If Canadian cultural policy becomes more protectionist, the U.S. government may become less resistant. The political influence of U.S. border broadcasters may diminish as the American government assesses the true importance of cultural policy as compared to energy, water, and other more salient bilateral matters. U.S. reaction to Canadian initiatives may be attenuated in the case of an analogue outside copyright law or in the case of copyright protection for non-commercial broadcasts, which in practice are predominantly Canadian.

Depending on how it is interpreted, the Keyes-Brunet proposal may protect not just Canadian content broadcasts but all broadcasts for which Canadian broadcasters hold exclusive Canadian rights. The latter interpretation implies a copyright provision for non-simultaneous substitution/deletion of programs imported by cable where the Canadian broadcaster possesses sole local rights. The U.S. government might not react as negatively

to such a policy as might be expected because the copyright owners of U.S. programs would anticipate increased revenues from their Canadian market. These U.S. copyright owners would not experience a corresponding loss in their American market because U.S. border broadcasters pay for their programs on the basis of the size of their local American audiences. A copyright provision for non-simultaneous substitution/deletion would be consistent with the internationally recognized principle that rights can be subdivided nationally and regionally.

In Chapter 7, **Administrative and Regulatory Issues,** Conrad Winn surveys the U.S. experience with compulsory licensing in rediffusion. Under the U.S. **Copyright Act** of 1976, cable systems make payments for the right to rediffuse broadcasts, Canadian included, and the U.S. Copyright Royalty Tribunal subsequently determines how these rediffusion revenues are to be allocated among copyright claimants. From the confusing, informal, and disputatious American experience, the central conclusion to be drawn is that Canadian law should provide clear and simple formulae for the generation and allocation of payments and should authorize only limited regulatory delegation. Simple formulae for generating royalties from cable systems and for their allocation to claimants will diminish the likelihood of error. Detailed limitations on the latitude of the copyright regulatory authority could reduce the possibility that the licensing scheme, when administered, will depart greatly from legislative intent.

The chapter's second conclusion is that the Government of Canada should consider exploring fully the extent to which Canadian interests may have suffered under the U.S. Tribunal's administration of compulsory licensing. Under the U.S. scheme, cable companies must pay 4 times more to carry the broadcasts of the CBC than of those of regular American networks. Neither this fact nor the CBC's unique ownership of many of its own programs was reflected in the subsequent allocation of royalties to the Corporation. The CBC's very small initial allocation, now before the U.S. courts, emerged from the Tribunal's informal decision-making environment in which the Motion Picture Association of America exercised enormous influence and reaped the lion's share of benefits. If Canadian interests have been harmed and if Parliament enacts a scheme which provides direct

payments to American interests, it may be desirable for Cabinet to retain authority to make the transmission of royalties to American interests contingent on a satisfactory resolution of royalty allocations under the U.S. scheme.

In Chapter 8, **Cable Copyright and Other Potential Rights,** Conrad Winn suggests that future technological innovation will stimulate a demand for new rights and that a rediffusion right should be constructed so as to exclude undesirable characteristics which could be turned to later as precedents. Seven principles are suggested: (a) priority for Canadian matter, (b) incentives for products providing social benefits, (c) meaningful benefits, (d) allocative simplicity, (e) allocative validity, (f) administrative and adjudicative simplicity, and (g) foreign policy consistency. Winn expresses the view that it is better to have no rediffusion right than one which directs most revenues to foreign owners or one which fails to provide meaningful financial benefits to Canadian creators. He suggests that rights should be conferred not only on the basis of doing justice to creators but also on the basis that Canadians receive collective social benefits when copyright law encourages the production of certain kinds of works. In order to avoid the complex, disheartening disputes which characterize the American experience, Canadian law should identify clearly the contributors and beneficiaries of royalties. Reliable and valid data bases should be used for estimating payments. Statutory provisions for changing the level of payments as a result of inflation or for resolving disputes should be simple, and new regulatory bodies should not be created.

In Chapter 9, **Alternatives to Copyright,** Conrad Winn observes that copyright is the most appropriate but by no means the only instrument which can be used to protect exclusive program rights, to compensate the owners of broadcast programs, or to achieve such related policy goals as strengthening the position of independent Canadian creators. The main reason for many countries to resort to analogues of copyright rather than copyright itself is to avoid granting a public lending right or other such right to non-nationals, otherwise required by the Berne and Universal Copyright Conventions. However, as Keyes-Brunet have shown, Canada is legally free to protect only

Canadian broadcasts. Furthermore, broadcasting is too high-profile a matter for it to make a great difference to Canada-U.S. relations whether Parliament favoured Canadian broadcasts by using a low-key instrument such as excise taxes or high profile copyright law.

Payments could be allocated to the owners of rights in programs from a revenue pool created from an excise tax on cable systems in a manner analogous to that of a compulsory licensing scheme in copyright. However, excise taxes do not carry the same longterm implications as copyright and do not reflect well the principle that users should pay. Grants programs to creators could be established. But, grants are not as efficient as copyright royalties for encouraging the consumption of indigenous cultural products. Simultaneous program substitution by the CRTC could be enlarged to include non-simultaneous substitution /deletion. The United States may be more prepared to see program substitution as a disinterested attempt to protect economic rights if it emanated from copyright than if it emerged from the CRTC, whose motives could be perceived to be nationalistic and protectionist. Copyright law is also advantageous because it can help provide order in a revolutionary marketplace, which includes not just the cable rediffusion of broadcasts but also the secondary use of broadcasts by videodisc suppliers and potentially the rediffusion by broadcasters of satellite programs owned by cable companies.

Chapter 10, **Conclusions and Recommendations**, represents the joint effort of both authors. One point of departure is that copyright law influences the structure of incentives in the marketplace. Copyright is therefore a suitable means for achieving the Canadian content goals of the federal government. A second point of departure is that the enormous profitability of private broadcasting in Canada has not made possible significant development in the private sector of the Canadian program production industry. A third point of departure is that cable operations are highly profitable as a result of public demand for cable services, monopoly status, a lack of profit regulation, and a lack of copyright liability. A fourth point of departure is that market foreclosure and the present structure of incentives have largely deprived Canadian audiences of exposure to the creative talents of independent Canadian production companies.

The two major policy choices to consider are (a) what form compulsory licensing in rediffusion should take, and (b) whether or not cable substitution/deletion should be embodied in copyright law to protect the exclusive Canadian rights in foreign produced programs purchased by Canadian broadcasters.

Compulsory licensing may follow the Keyes-Brunet model ("Canadian broadcasts") or the Economic Council of Canada model ("non-commercial broadcasts"). Although the Keyes-Brunet report is the best single source of knowledge and recommendations on copyright as a whole, in the particular instance of rediffusion we prefer the Economic Council model on the grounds of effectiveness. Public broadcasters in Canada have fulfilled much more adequately than private broadcasters the Canadian content goals of the **Broadcasting Act.** This continuing situation is unlikely to be affected by rediffusion royalty payments to private broadcasters.

With respect to Canada-U.S. relations, the Keyes-Brunet model may be perceived to be superior in principle because it entails no direct outflow of royalties in contrast to the small payments to PBS under the Economic Council model. However, the United States now expects copyright reciprocity as a result of its unilateral protection of Canadian broadcasts under its new compulsory licensing scheme, however inadequate that protection may turn out to be. The Economic Council proposal to protect only non-commercial broadcasts would have the effect of retaining the bulk of payments in Canada at a lower cost in terms of an American response than might arise from the Keyes-Brunet model.

Recommendation 1 is that cable copyright be invoked as a percent of gross cable system income (eg. 20 percent), to be adjusted annually by a regulatory authority so that the bulk of earnings surplus to the capital attraction requirements of the industry flow to broadcasting and program production.

Recommendation 2 is that royalties assessed on the basis of cable systems' gross earnings be distributed to the noncommercial broadcasters and independent producers of commercial-free programs on the basis of a point system. Noncommercial broadcasters would be credited 1 point for every hour of

rediffused, commercial-free, internally produced programming. Non-commercial broadcasters would be credited 3 points for every hour of rediffused, commercial-free, independently produced programming. The independent producers of commercial-free programming on non-commercial television would be credited 7 points per hour. Each month, a cable system's royalty obligations would be distributed to non-commercial broadcasters and independent producers in proportion to their share of the points earned for that cable system.

Recommendation 3 is that independent producers be rigorously defined as fully independent of broadcasters.

Recommendation 4 is that a revised **Copyright Act** provide for the principle that foreign broadcasters and foreign independent producers be encompassed in the proposed statutory licensing scheme, but that an order-in-council be required for payments to be made to broadcasters and independent producers in any given foreign jurisdiction. The Canadian government would assure itself that Canadian broadcasting copyright interests were receiving equitable treatment in any given foreign jurisdiction before interests from the given jurisdiction could receive financial benefits under the proposed statutory licensing scheme.

Recommendation 5 is that copyright legislation enforce contractual arrangements for program exclusivity with respect to the unauthorized cable importation of distant signals and with respect to the unauthorized rediffusion of satellite signals by terrestrial broadcasters.

Recommendation 6 is that copyright liability be invoked in all cases where commercial deletion and substitution takes place and that commercial deletion and substitution be authorized only for Canadian programs broadcast on Canadian stations.

Under these proposals, the CBC and provincial non-commercial networks will benefit from royalty revenue and from incentives to remain or become free of commercials.

Independent producers and the creative personnel performing services for them will benefit from a favourable royalty point system to the extent that their programs are broadcast on non-commercial television.

Private Canadian broadcasters will gain protection of their exclusive program rights against cable importation. They will gain copyright protection against unauthorized commercial deletion and substitution. And, they will gain higher advertising revenues as the CBC responds to rediffusion royalty incentives to reduce its volume of commercials.

Viewers will gain from decreased advertising on CBC and from increased exposure to improved independent productions. Some deletion of distant signals to protect exclusive program rights may prove annoying until the technology is in place to permit non-simultaneous substitution in those instances where the local broadcast of the imported program is broadcast first.

Cable companies will gain from copyright protection for their pay-TV, satellite, and conventional cable programing. The cable industry may also prefer compulsory licensing to the possibility of public utility-style regulation as recommended by the Clyne Committee.

Generally, our proposals conform with the spirit and substance of the **Broadcasting Act** by strengthening public broadcasting as a result of new royalties, by stimulating the independent program production industry, by protecting the stake of private broadcasters in their exclusive program rights, and by protecting the programming owned or originated by cable. Our proposals conform with the Canadian government's longstanding commitment to the cultural industries. They are administratively simple. And, they will keep international differences to a minimum.

Appendix I is concerned with **Efficency and the Allocation of Property Rights** (Babe) while Appendix II examines S.J. Liebowitz's **Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons** (Babe). Appendix III contains excerpts from the U.S. **Copyright Act.**

CHAPTER 1

Introduction

by Robert E. Babe

TWO STRANDS

In April 1977, the federal Department of Consumer and Corporate Affairs published a working paper by A.A. Keyes and C. Brunet entitled **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law.**[1] The working paper addressed many, if not virtually all, matters relating to copyright. Of particular relevance to the present study were recommendations pertaining to the possible imposition of copyright liability on cable television systems for the simultaneous rediffusion of Canadian television and radio broadcasts. At present no such copyright liability exists and, consequently, cable companies are not required to make payments to television or radio program rights-holders for the economic use made of such programs. Economic use is indeed made of these programs since cable companies deliver for a fee broadcast programs to subscribing households and in the absence of such programs no subscriber fee could be collected.

Keyes and Brunet specifically recommended:

- "that Canadian broadcasters be granted a right to authorize simultaneous rediffusion of their Canadian broadcasts."

- "that, as the granting of the foregoing right will entail determining a basis for and the payment of royalties, appropriate regulatory mechanisms be established."

- "that the [proposed] Copyright Tribunal fix the appropriate fees and establish the necessary safeguards to ensure the equitable assessment, collection and distribution of royalties to Canadians."

- that copyright protection be provided, by means of a right to rediffuse, to Canadian broadcasts, since broadcasts are not protected by the international copyright conventions. Protection under the recommendation is to be restricted to Canadian broadcasts incorporating Canadian material.

- that in respect of the operations of cable systems these rights be provided in any new Copyright Act.[2]

The present study was commissioned by the Department of Communications to assess the pros and cons of the Keyes-Brunet proposals from the point of view of Canadian broadcasting and communications policy as well as to consider alternative policies. These terms of reference imply that a number of related questions must be addressed. First, is copyright law a suitable and appropriate tool by which to pursue communications policy? If not, what alternative policies (analogues to copyright) relating to cable television can be suggested that would be appropriate? Secondly, if copyright law is indeed a suitable and desirable method of furthering communications policy, are the Keyes and Brunet proposals the most suitable or are there alternative copyright law provisions that could be deemed more workable, effective or appropriate?

It is evident that the consultants are to address two hitherto largely separate fields of law and policy and to assess the feasibility and desirability of integration for matters of public policy, namely copyright law and communication (broadcasting) policy. It is appropriate to begin our analysis by offering a few preliminary comments on these two main strands of our project.

COPYRIGHT

The essence of copyright is to restrict the right to reproduce or perform individual creations to their originators or assignees.[3] Through such restriction, the originator attains a monetary reward bearing some relation to the degree to which his work is accepted by the community. In the absence of copyright, other interests would be able to duplicate or exhibit the work for purpose of sale, without having endured the trials and tribulations of creation. If widespread, such practices would detract from the monetary reward that would otherwise accrue to the author, composer or artist.

Copyright, then, is both a means of securing reward to creators for previous productions and an inducement to further creative activity. Copyright law represents a trade-off between rewarding and encouraging creators on the one hand and restricting the distribution of their creative output on the other.

Copyright has as its philosophical or intellectual foundation the notions of property, commodity, exchange and markets. Conceptually, the author or composer may be viewed as taking his work into the marketplace and, through his exclusive right to duplicate, receiving his financial reward from the sale of his work to intermediaries or the general public. Historically, this model of copyright was based on the idea of exclusive rights to duplicate materially encapsulated intellectual output or the public performance of the same.[4]

It can be seen then that copyright is "a means to channel and control flows of information in society", that it is a means of bringing "the world of science, art and culture into relation with the world of commerce."[6]

The system of copyright helps set in place the market forces "which determine what music is heard, what records are made, what films are seen, what books are published, and what programs are seen on television."[7] Therefore, copyright touches upon much that gives society its flavour, shape and direction. For this reason alone, one could conclude that "policies in the field of

intellectual property rights must ... be defined in relation to policies for education, culture, information and communications generally."[8]

While copyright is a means of channelling and controlling flows of information in society, it is not the only means. And, while copyright has as its philosophical foundation the notion of information as commodity, such is not the only notion of information.

Information and creative outputs can be viewed also as social resources, in which case full reliance upon private exchanges through market mechanisms could be viewed as being insufficient or undesirable. First, information and knowledge are prerequisites to all other resource use. It is the perception and evaluation of resources which makes their use possible. The quantity and accessibility of information or knowledge therefore determines the useful availability of all other resources.

Furthermore, information has the characteristic of a public good insofar as it is not diminished or used up by wider use and sharing. On the contrary, its social value (as opposed to private value) increases with use and availability.[9]

Finally, the shared information pool tends to define the outer limits of the society or community. Shared language is an obvious case in point but the factors involved run much deeper than this. "Knowledge of any kind whatsoever depends on the possibility of communicating and comparing meanings within a community"[10] and meanings will be difficult, if not impossible to compare, if there does not exist a more or less common reference point. Furthermore, a common reference point likewise defines the boundaries of the community. Even in the highly specialized field of mathematics it is asserted that communications have to some extent broken down among rival "camps" which initiate their studies from differing presuppositions.[11] So much more true for a nation such as Canada, termed a cultural and regional "mosaic", in which the flow of information within is small compared to the in-pouring of information from without.[12]

A further complication regarding copyright arises from technological change. Canada's present copyright legislation,[13]

enacted in 1921 and taking effect in 1924, was broadly based on the 1911 British statute.[14] Insofar as this legislation was framed in the age of print, present law may no longer be fully adequate to deal with newer electronic technologies of information distribution. For example, the **Copyright Act** lends protection to the production and reproduction of "works" in any "material form" and to the "public performance" of a "work".[15] But, as noted by the Economic Council of Canada, "recent technological changes have rendered increasingly difficult the task of the courts in determining what is meant by material form and public performance."[16] There may even be difficulties in determining what constitutes "a work".[17]

Audio and visual magnetic tape recorders, cable television, radio and television broadcasting, video discs, microwave, optical fibre, computer data banks, videotex systems, communications satellites, photocopiers - these all demonstrate the significance of electronic means of information storage, retrieval and distribution. All serve to lessen or to do away with the "material form" upon which copyright law is currently based; all bring into question the effectiveness of laws designed to control "reproduction". Imminent technological changes in the means of distributing television programs could have wideranging implications for the efficacy of present copyright law in inducing the production of television programming.

It appears likely that, in the near future, satellite interconnected cable television systems across Canada will become a major means of distributing programming, packaged by either cable companies themselves, or by others, to subscribing households.[18] The offerings will include pay television service whereby subscribing households will be required to pay an additional fee for their additional programing. Such new techniques will add further strain to an **Act** passed at the onset of the era of electronic mass communications.

In the absence of copyright protection against cable importation of programs, it is conceivable that the role of the local broadcaster will decline in the face of increased competition from "superstations" distributed throughout the country by cable systems interconnected by communications satellites. At present, broadcasters purchase "exclusive rights"

to diffuse programs in their market areas; the current **Copyright Act,** however, does not protect the market exclusivity of program rights when stations, including "superstations", are imported by cable television. By eroding market exclusivity of copyright, cable systems may be a factor in causing copyright holders in the future to withhold programs from sale to individual markets (that is, television stations broadcasting locally only), and to demand recompense for national coverage from "superstations" transported by satellite to cable systems throughout the country.

It can be seen from the foregoing remarks that copyright legislation is indeed an instrumental force in the structuring and restructuring of Canadian broadcasting. And, revisions to the **Copyright Act,** or alternatively legislation additional to copyright legislation (which would incorporate "other rights" or analogues to copyright), will also be of major significance.

Canada's copyright legislation has been under active review for a number of years. In 1954, a Royal Commission on Patents, Copyright, Trademarks and Industrial Design (the Ilsley Commission) was appointed to make recommendations pertaining to the **Copyright Act;** however, no action was taken pursuant to the ensuing Report, published in 1957.[19]

In 1966, the federal government requested the Economic Council of Canada to study and advise, **inter alia,** on the matters of patents, trademarks, copyrights and registered industrial designs. The Council reported on these matters in 1971. With regard to the issue of cable television copyright liability for television broadcast rediffusion, the Economic Council recommended that cable copyright liability be invoked in those instances where the program material rediffused by cable television systems is unaccompanied by commercial messages or in those instances where cable television systems deleted the commercial messages originally transmitted within the broadcast programs.[20]

Simultaneous with the publication of the Economic Council's report, the federal Minister of Consumer and Corporate Affairs announced "the formation of a planning group to review the report and to make recommendations as to new legislation."[21] Among the documents emanating from this review was **Copyright in Canada:**

Proposals for a Revision of the Law by A.A. Keyes and C. Brunet, the most thorough-going treatment of copyright in Canada yet published. The report's recommendations regarding cable copyright liability were noted above.

After the publication of the Keyes-Brunet report in 1977, Consumer and Corporate Affairs organized an Interdepartmental Committee on Copyright and commissioned a number of specialized studies. Of chief importance for our purposes in this regard is the study by S.J. Liebowitz, entitled **Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons**, published in 1980.[22] Professor Liebowitz recommended that no copyright liability for cable television rediffusion of broadcasts be encompassed in revisions to the **Copyright Act.**

Finally, reporting in 1979 to the Department of Communications, the Consultative Committee on the Implications of Telecommunications for Canadian Sovereignty, J.V. Clyne Chairman, stated:

> The majority of the Committee proposes that when a Canadian broadcaster buys exclusive rights to a program for a given area, cable companies in that area be required to respect these rights and the CRTC to enforce them. This action should not be taken before public discussion and debate, including CRTC hearings. Two members of the Committee (Clyne, Fuford) firmly hold the view that this would be unacceptable to Canadian viewers ...
>
> The Committee holds the view that eventually this issue may be resolved in terms of property ownership under a revised copyright law. The federal government, which has traditionally exercised jurisdiction in the field of copyright, should urgently undertake a full revision of the copyright law, having regard to the extensive report made by Keyes and Brunet at the request of the Department of Consumer and Corporate Affairs and published in 1977.[23]

It is evident from the foregoing remarks that there exists a diversity of opinion respecting the advisability of invoking

cable television copyright liability for broadcast rediffusions, and also with respect to the nature of such liability should it indeed be invoked. A principal factor explaining the diversity of views is differing weights accorded in the studies to communications (broadcasting) policy, a subject to which we now turn.

COMMUNICATIONS POLICY

Whereas copyright in the first instance relates to notions of commodity and exchange, Canadian communications (cultural) policy has historically related to information as a resource. The Government of Canada has been an active participant in shaping the flows of information in the country through such instruments as the Canadian Broadcasting Corporation, National Film Board, the Canada Council, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, the Department of Communications, and so forth.

One major factor inducing the government to influence actively the flow of information is the belief that market forces, howsoever constituted through property law, would prove to be insufficient to guard against an undue inflow of American cultural products and would produce an insufficient volume of Canadian creative works. Canadian governments have understood that cultural artifacts define and reinforce our sense of community and, without a steady outpouring of Canadian creative works, the national fabric would be weakened.

This is certainly not to say that the government has not and should not continue to adjust market forces through changes in property law[24] in an effort to further induce Canadian creative work. The 100 percent capital cost allowance for Canadian feature films and the disallowance of advertising placed on American broadcasting stations by Canadian companies for income tax purposes are two cases in point where property law has been adjusted recently in the attempt to further communications goals.[25] Indeed, the present consultants are obliged to consider the implications of revisions to the copyright law respecting cable rediffusion in the context of national goals for broadcasting and communications in Canada. But this comment does not gainsay the initial point that communications policy takes as

its starting point information as a resource whereas copyright is to be associated initially with information as a commodity channelled through markets.

In a position paper issued in 1973, then Communications Minister Gérard Pelletier set forth a number of questions which can be interpreted as a statement of communications goals for Canada. The Minister asked, **inter alia,**

> How can Canadian telecommunications systems be developed and used, to the greatest possible extent, to foster Canadian social and cultural values, and to provide a sure means of disseminating a Canadian perception of Canada and of the world to all Canadians?
>
> How can the east/west links which are essential to the social, cultural, and economic development of the country be maintained and developed in relation to the powerful pull of north/south ties?
>
> What are the best means of harmonizing federal and provincial objectives and activities in the field of telecommunications for the greatest benefit of all Canadians?[26]

By 1981, no consensus has been reached on the answers to these difficult questions. More recently, concern has been expressed regarding efforts to increase the plurality of effort in fulfilling national goals. It has been noted that television productions aired in Canada tend to be produced by existing stations and networks, thereby largely foreclosing independent productions from distribution.[27] In assessing the role of copyright vis-à-vis communications policy, the consultants have been advised to consider this element also.

OUTLINE

Chapter 2 blends the two strands of our analysis in a theoretical way by analysing the interrelations between property law and economic processes. Entitled **Copyright as Property,** the chapter takes the position that copyright law should be viewed as a specialized branch of property law pertaining to

intellectual creations and therefore that principles applicable to property in general are useful as criteria in assessing copyright proposals. Insofar as economic incentives and processes take shape only within the context of property rights, adjustments to economic incentives and processes can be made through adjustments to property law. If Canadian broadcasting is not fulfilling the purposes for which the system has been created, adjustments to property law are required, and copyright represents one of the legal devices available toward this end.

Chapter 3, **Property Rights in Broadcasting,** analyses the current system of rights held by television broadcasting and cable television companies from the point of view of their economic and financial performance and the goals proclaimed for broadcasting in the **Broadcasting Act.** It is concluded that both industries are highly profitable but that performance in the context of the objectives of the **Broadcasting Act** has been inadequate. Therefore, adjustments to the system of property are required. The question then becomes whether copyright law should be used in this regard.

Chapter 4, **Some Economic Aspects of Cable Copyright Liability,** addresses such economic questions as whether copyright should be considered a monopoly; various questions of equity; incidence of cable copyright lability; the financial impact of cable television on broadcasters; economic aspects of program exclusivity and violation thereof through cable importation of distant signals; and economic incentives forthcoming from recommendations of both the Economic Council of Canada and Keyes-Brunet pertaining to cable copyright liability. An appendix to this chapter is devoted to the Liebowitz study referred to earlier.

Chapter 5, **Cable Copyright, Cultural Policy, and Broadcasting Policy,** discusses four precedents and policies pertaining to federal government support of cultural activity: an emphasis on support to mass culture in general and broadcasting in particular; enhancement of indigenous cultural expression; an economic strengthening of Canadian artists/creators/producers so they can compete more effectively in foreign and domestic markets; and freedom of cultural expression and enjoyment.

Chapter 6 is entitled, **Copyright, Federal-Provincial Relations and International Relations.** We address the issue of consultation between the federal government and provincial governments regarding **Copyright Act** revisions. Internationally, we note that a protectionist rediffusion right of the kind recommended by Keyes-Brunet would be allowable under Canada's treaty obligations with respect to copyright and would be substantially allowable under Canada's GATT obligations. The authors recognize the possibility of United States concern, however, if a protectionist **Copyright Act** were enacted. The chapter identifies courses of action to minimize the possibility of international repercussions while permitting Canada lattitude to strive for its own domestic policy goals.

Chapter 7, entitled **Administrative and Regulatory Issues,** surveys the American experience with regard to copyright legislation and administration with a view to learning from this experience. The chapter also examines in some detail the possibility that Canadian interests may have been treated unfavourably under the U.S. scheme of compulsory licensing for rediffusion. We analyse the implications of establishing a Copyright Tribunal in Canada with a role additional to and independent of the CRTC. We assess various criteria for determining copyright fee schedules and for distributing such funds among copyright holders.

Chapter 8, **Cable Copyright and Other Potential Rights,** develops a number of principles that should govern any legislation pertaining to new rights regarding intellectual property:

(a) such new rights should give priority to Canadian matter;
(b) such rights should establish incentives for cultural products providing social benefits;
(c) such rights should entail significant financial benefits;
(d) they should be easy to administer;
(e) collection and allocation of funds should be based on reliable and valid data; and
(f) such new rights should be consistent with foreign policy.

Chapter 9, **Alternatives to Copyright,** looks at analogues to and substitutes for cable copyright, while Chapter 10 contains our conclusions and recommendations.

NOTES

1. (Ottawa: Minister of Supply and Services for the Department of Consumer and Corporate Affairs, 1977).
2. **Ibid.**, pp. 143-4.
3. John Shelton Lawrence and Bernard Timberg, eds., **Fair Use and Free Inquiry: Copyright Law and the New Media** (Norwood, N.J.: Ablex, 1980), p. 4.
4. This market-place ideal is, in practice, attenuated. Note the remarks of Ploman and Hamilton in this regard:

   > "However, the ideal market-place is no more a reality in the copyright field than in other economic relations. The ideal of the individual creator being able to sell his work to the highest bidder in the market-place was probably always more the exception than the rule. With the exception of a few famous creators, the author would generally be in a weak position in the negotiations with publishers or other users of his work and would thus benefit only imperfectly from the results of his intellectual labour." Edward W. Ploman and L. Clark Hamilton, **Copyright: Intellectual Property in the Information Age** (London: Routeledge and Kegan Paul, 1980), p. 27.

5. **Ibid.** p. 25
6. **Ibid.**
7. Keyes and Brunet, **Copyright in Canada**, p. 3.

8. Ploman and Hamilton, **Copyright: Intellectual Property in the Information Age,** p. 39.
9. As is true with any monopolistic restriction, value to select users may decrease with wider availabilty while value to all users increases.
10. Gordon D. Kaufman, **Relativism, Knowledge and Faith** (Chicago: University of Chicago Press, 1972), p. 73.
11. Morris Kline, **Mathematics: The Loss of Certainty** (New York: Oxford, 1980).
12. Equally, a break-down in community can take place if historical information (reflected in song, poem, custom and tradition, for example) is submerged in a flood of temporal images. Again, this may well be happening today. See George Steiner, **In Bluebeard's Castle: Some Notes Towards the Re-definition of Culture** (London: Faber and Faber, 1971) and Harold Innis, **The Bias of Communications** (Toronto: University of Toronto Press, 1951).
13. **Copyright Act,** R.S.C. 1970, C.C.-30.
14. Economic Council of Canada, **Report on Intellectual and Industrial Property,** (Ottawa: Information Canada, 1971) p. 130.
15. **Ibid.,** pp. 130-131.
16. **Ibid.,** p. 131
17. Ploman and Hamilton, **Copyright: Intellectual Property in the Information Age,** pp. 173-174.
18. See Committee on Extension of Service to Northern and Remote Communities, Real Therrien, Chairman, **Report - The 1980's, A Decade of Diversity - Broadcasting, Satellites and Pay-TV** (Ottawa: Minister of Supply and Services for the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, 1980).
19. Royal Commission on Patents, Copyright, Trademarks and Industrial Design, **Report on Copyright** (Ottawa: Queen's Printer, 1957).
20. Economic Council of Canada, **Report on Intellectual and Industrial Property,** p. 176.
21. A.A. Keyes and C. Brunet, **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law,** p. 1.
22. (Ottawa: Minister of Supply and Services for the Department of Consumer and Corporate Affairs, 1980).

23. Consultative Committee on the Implications of Telecommunications for Canadian Sovereignty, **Telecommunications and Canada** (Ottawa: Minister of Supply and Services for the Department of Communications, 1979), pp. 44-45.
24. In this study, and as developed in Chapter 2, property is defined as claims to benefits (monetary income or non-monetary benefits) that are enforced by society. See C.B. Macpherson, "The Meaning of Property" in C.B. Macpherson, ed., **Property: Mainstream and Critical Positions** (Toronto: University of Toronto Press, 1978), p. 3.
25. E.R.A. Consulting Economists Inc., "An Evaluation of the Impact on the Canadian Feature Film Industry of the Increase to 100% of the Capital Cost Allowance", prepared for Department of the Secretary of State, 1979; and Donner and Lazar Research Associates, **An Examination of the Financial Impact of Canada's 1976 Amendment to Section 19.1 of the Income Tax Act (Bill C-58) on U.S. and Canadian TV Broadcasters** (Ottawa: Department of Communications, 1979).
26. The Honourable Gérard Pelletier, Minister of Communications, **Proposals for a Communications Policy for Canada: A Position Paper of the Government of Canada** (Ottawa: Information Canada, 1973), p. 1.
27. Hugh Edmunds et al., **A Study of the Independent Production Industry with Respect to English Language Programs in Canada with Recommendations for Policy Action**, Vol. I (Windsor: Centre for Communications Studies, University of Windsor, 1976).

CHAPTER 2

Copyright as Property

by Robert E. Babe

INTRODUCTION

We return to the two strands of our analysis, namely **copyright law** and **communications (cultural) policy.** The former has its historic and philosophic foundations in the notions of private property, individualism, commodity and exchanges; the latter in public service, community, social utility and sharing of experiences.

At first glance the fundamental premises of copyright law and communications (cultural) policy might appear to be inconsistent. And at certain levels of analysis, such is indeed the case. But at other levels, copyright and communications (cultural) policy may be viewed as being harmonious and mutually supportive. This chapter clarifies these issues so as to arrive at a deeper understanding of the relationship between property law and social policy generally, and between copyright law and communications (cultural) policy in particular. In addition, we address the limitations of economic analysis in providing guidelines for policy-makers as to the allocation of relatve claims through property law.

COPYRIGHT, PROPERTY AND COMMUNICATIONS

Copyright is a branch of property law pertaining to intellectual creations. In principle copyright is distinguishable from other branches of property law only with regard to the types of property falling within its ambit. Just as copyright is a subset of property, so is property a subset of **total value.** Indeed, we here define property as **proprietary value.**

By developing the distinctions and relations among these concepts, we will be better positioned to arrive at some general principles respecting the allocation of rights which is, after all, what the issue of cable copyright liability is all about.

Property, or proprietary value, is a bundle of claims or rights to benefits protected and enforced by the state. Property comprises claims that are encoded, allocated and enforced by formal rules (law). In market transactions, it is proprietary claims on value that are exchanged.

Property may be exclusive (private property) or non-exclusive (for example public property).[2] While it is only the former that is exchanged in markets, the essence of both types of property is enforcement of a bundle of claims by the state.[3] The particular mix of rights or claims that collectively constitute property is subject to change and redistribution as society itself changes.

Property, or proprietary value, is an impersonal mechanism for holding society together. Property law permits transactions at a distance. Exchanges are motivated generally by the pursuit of self-interest as conceived by the parties. Each party to a transaction wishes first and foremost to increase the proprietary value under his control.[4]

Virtually all law may be considered to be property law insofar as law allocates formally rights, claims and responsibilities. Laws pertaining to privacy, libel and freedom of expression, for example, can be considered laws of property inasmuch as claims held to be of value are sanctioned and enforced by the state. To illustrate, a person's reputation is of value to him, and with the passage of laws respecting libel,

his reputation is transformed from **non-proprietary value** into property with enforceable claims.[5]

Property rights are almost always restricted; they are seldom absolute. Generally, a property right enforced by the state will entitle its holder to seek benefits in certain ways, but preclude seeking benefits in other ways. For example, television broadcasters may diffuse programs only if they comply with a minimum quota of Canadian content, among other obligations. Titleholders to automobiles must comply with wide-ranging restrictions, such as traffic laws, governing their use of this asset. In other words, the bundle of claims that constitutes property is not exhaustive for any one party.

There is good reason why property rights are seldom, if ever, exhaustive or unencumbered; exhaustive property rights would often be incompatible due to the mutual interdependency of claims. To return to the preceding examples, television broadcasters who concentrate disproportionately on diffusing foreign program material would be conflicting with the claims of audiences to receive Canadian programs and in the process would be eroding the sense of nation. Automobile drivers who do not respect traffic laws interfere with the claims of others to safe passage. As one authority on the subject of property observes,

> to permit anyone to do absolutely anything he likes with his property in creating noise, smells or danger of fire, could be to make property in general valueless. To be really effective, therefore, the right of property must be supported by restrictions or positive duties on the part of owners, enforced by the state, as much as by the right to exclude, that is the essence of property.[6]

From these general remarks it can be concluded that the property rights of cable television companies in the rediffusion of broadcasts cannot or should not be exhaustive or unencumbered due to conflicting and competing claims of other parties

including over the air broadcasters, creative artists, viewers and governments. For example, under law cable television is a component of the Canadian broadcasting system and the system is obliged to pursue the goals set forth in the **Broadcasting Act.** It follows that the rights and obligations of cable companies should be structured so as to make a reasonable contribution to the pursuit of these goals.

NON-PROPRIETARY VALUE

Total value is comprised of property (proprietary value) and non-proprietary value. The latter comprises aspects of life considered to be worthwhile which are not, and perhaps cannot be, delimited and enforced by the state. Charity, love, empathy are examples of voluntary attitudes or actions, unenforceable in law, yet considered valuable. Non-enforceability excludes these areas from property by definition. Non-proprietary value, therefore, is characterized by voluntarism.

One can conceive of social structures (families, tribes, communes, races and so forth) for which most value is produced and exchanged voluntarily. The secularization of society may be defined from one point of view, as the progressive shrinkage of total value into property (i.e. the decline in non-proprietary value) or contrariwise as the growth of property to encompass or circumscribe total value (i.e. the transformation of non-proprietary value into property). In the process, formal rights, claims and obligations replace voluntary cooperation as the means of organizing society, and the pursuit of self-interest or self-aggrandizement replaces empathy as the driving force stimulating exchanges of value.[7]

The following examples illustrate the distinction between proprietary and non-proprietary value. In the field of labour relations, total value becomes synonymous with property under "work to rule" or under a system of rigidly specified and adhered to job functions. In the area of social welfare, old age security is property (a set of claims supported by law) substituting for the extended family. More generally, the "spirit" of the law correlates with the notion of non-proprietary value, while the "letter" of the law is property.

The distinction between non-proprietary value and property is important for the topic at hand, given the two strands to our analysis noted previously. Copyright is property, while communications (cultural) policy is closely related to non-proprietary value.

In social structures characterized primarily by the exchange of non-proprietary value we can think of the tribal story-teller whose function and responsibility is to maintain cohesion in tribe and family from generation to generation. Communications (cultural) policy in modern society is today's analogue of the traditional story-teller. Communications policy attempts to maintain, strengthen and forge new communications flows in an effort to strengthen the sense of community.

Communications and cultural policy seek to integrate citizens through a sharing of non-proprietary value: history, customs, perspectives, identities. Like tribal story-telling, cultural policy is concerned first and foremost with the exchange of non-proprietary value. Yet, cultural policy must use property in the quest for community integration. An important premise of cultural policy is that indigenous intellectual creations with proprietary claims (eg. copyright works) are embedded with non-proprietary value which will help integrate the community. The extent to which this premise is valid will be examined below in chapter 4.

Government must use property in pursuing its goals because such is the nature and function of government. Government allocates and enforces property rights; it does not and cannot allocate and enforce empathy or cooperation.

We can see then a basic paradox concerning communications policy in modern society. On the one hand government wishes to use communication media and processes to integrate and bind together provinces, regions and individuals from various walks of life into a viable "community". On the other hand, the tools available to government to do this are characterized by compulsion and self-interest which breed divisiveness and impersonality. In commercial television broadcasting the "story teller" (TV station) is allocated a licence to broadcast under

the condition that a certain percentage of the time will be devoted to Canadian productions (compulsion and enforceability). The broadcaster, however, is often reluctant to fulfill the "spirit" of his obligations since American programming is more profitable to him than Canadian (pursuit of self-interest). The advertisers who sponsor the programming are much more interested in producing sales for their various and sundry products than in unifying the country (pursuit of self-interest). Finally, television is a one-way, electronically mediated form of mass communications; it is impersonal.

There is a second paradox too, first described by Harold Innis, the emminent Canadian historian and scholar of communcations. Innis argued that there has been a progressive shift in the media of communications over time, from the durable and difficult to transport to the ephemeral and easily transportable. In Innis' terms, "time-binding" media of communication are superceded by "space-binding" media. For example, television broadcasts using satellites can reach the whole country instantaneously, but the messages distributed are not durable, whereas older media are more difficult to transport but the messages are also more durable.

> Innis characterized modern Western history as beginning with temporal organization and ending with spatial ... Ultimately, the obsession with space, with the nation, with the moment, exposed the relativity of all values and led Western civilization, in Innis' eyes, to the brink of nihilism.[6]

If Innis is correct, then, the very techniques used by government to bind the country together may promote divisiveness and disharmony. The techniques themselves (television and the associated technologies of cable, satellites, VTR's etc.) by their very nature, emphasize the momentary at the expense of permanence, continuity and other values which are central to cultural policy.

Nonetheless, communications policy must turn to property law since non-proprietary value is not a subject for legislation or enforcement. Communications policy must also use modern

technologies of communications since they are of such widespread use and while this author questions whether communications policy will ever be manifestly successful, due to the limitations noted above, it is also apparent that in the absence of communications (cultural) policy the situation would worsen quickly and drastically; there would be many fewer messages of Canadian origin. The better part of wisdom is to structure property relations in such a way as to be as consistent as possible with the aims of policy.

COPYRIGHT

Copyright law is "the legal expression of the rights granted by Parliament to a creator to protect his [intellectual] work against a variety of unauthorized possible uses".[9]

Alternatively, copyright is "a set of laws and practices restricting the right to reproduce or perform individual creations."[10] As is the case with any law, copyright allocates claims among competing interests, in this case between producers and consumers of intellectual material.

As value shrinks into property (or as property grows to circumscribe value), story telling becomes copyrighted. Stories and other intellectual creations come to be produced and disseminated not primarily on the basis of the emotional bond between author or story-teller and the group, but rather as the basis of contractual arrangements governing the exchange of property between producer and consumer, as sanctioned and enforced by law.

With property and copyright, the producer of intellectual output is rewarded on the basis of the aggregate of individual transactions between his consumers and himself, such transactions being generally impersonal in nature. Nonetheless, communications policy, that is the collective input of society as a whole into the communications process, is still integral to the exchange of property, even when the exchange is carried out primarily through depersonalized, individualized transactions.

The "terms of trade" are set by law and law is the outcome of a collective process. Individuals do not pass laws; societies do

this. Individuals act (lawfully) within the established laws, which are enacted collectively. Once more we see how copyright and communications policy are bound together irrevocably. The depersonalized agency of property law substitutes for empathy between author and society, and the transactions tend to become individual rather than collective. Nonetheless society as a whole, through the agency of the state, allocates the rights and duties associated with the transaction.

THE SIGNIFICANCE OF PROPERTY

Property is the pith and substance of modern societal organization. It creates and maintains relations among people. Indeed, "any system of property is a system of rights [claims] of each person in relation to other persons."[11] More particularly, private property, by excluding non-proprietors from use or privilege, also compels service and obedience; "dominion over things is also **imperium** over our fellow human beings."[12]

Market forces function only within the context of the legal system and, in particular, within the system of property law. Markets entail the exchange of property, but the "terms of trade" are given, in part, by law. More particularly, it is the law that determines "relative rights, relative exposure to injury, and relative coercive advantage or disadvantage."[13] And since these relative rights are determined by law, it follows that "the distribution of relative risk, business cost, and resource allocation, including the distribution and general level of income, are also a partial function of law."[14] In brief, "market forces emerge and take on shape and slope only within the pattern of **inter alia,** legal choices."[15]

Since property is a social artifact, since all forms of property have origins with the state, are defined by it and protected by it, it follows that no set of property rights, once granted, are to be viewed as being "natural" or "immutable". Property, as a social artifact, is the means whereby society sets out (consciously or unconsiously) "to realize the purposes of its members or some of the purposes of some of its members."[16] As society's purposes change, so too is property subject to change.

Continual, radical changes in property law must, of course be considered undersirable insofar as such changes would discourage enterprise and be disruptive. Nevertheless, it is also true that:

> It would be as absurd to argue that the distribution of property must never be modified by law as it would be to argue that the distribution of political power must never be changed.[17]

There is, then, a "burden of proof" with respect to change in the law of property, but where this burden should reside is problematic. One point of view holds that "policy choices not to make changes should have as robust empirical support as any other choice."[18] Alternatively others believe that "any form of property that exists has ... a claim to continue until it can be shown that the effort to change it is worthwhile."[19] Irrespective of which view is adopted, change in property rights can be justified by the high degree of social interdependence we experience in society, and as a consequence of the fact that "no man can justly say 'this wealth is entirely and absolutely mine as the result of my own unaided effort.'"[20]

Finally, it is to be emphasized that government, in arbitrating conflicting claims to property, is forced to choose among alternative modes of social organization. And, indeed, the government must always make these choices; it can never stand back and remain "neutral". All property entails claims that will be enforced by the state. In refusing to alter the existing system of rights, as given by existing legislation or perhaps by common law, the parties favoured by the present system of rights have the full power of the state behind them.[21]

CRITERIA FOR ALLOCATING PROPERTY

In enacting a law, such as copyright, there are at least three perspectives which legislators must bear in mind: first, the interests of the property holder (the creator of intellectual property); secondly the interests of the potential owner or customer; thirdly interests of third parties, which may extend to the whole of society.

From the point of view of the individual producer, private property rights have always been justified by the right to live and the incentive to produce the means of life. "Private property, in every defence made of it, is supposed to mean, the guarantee of individuals of the fruits of their own labour and abstinence."[22] In this view property, by securing to each man the fruits of his labour, constitutes a moral as well as a legal right in that it ensures that "the producer will not be deprived by violence of the result of his efforts."[23] Without this assurance, the producer would have little incentive to produce, given a society activated by the pursuit of self-interest as opposed to the principle of empathy.

Copyright represents, in the first instance, a trade-off between the interests of the producer of the material in attaining an income from individual sales, and the interests of consumer and potential consumers of intellectual output whose aggregated purchases constitute the income of the author. It could simplistically be maintained that the author has an interest in receiving as high a price as possible whereas the consumer wants to pay as little as possible. Whenever property comes to embrace total value, conflicts of this sort always arise.

To some extent at least these conflicts of interest between producer and consumer are lessened, however, when it is recognized that, in an economic system governed by the exchange of property, higher rewards to creative producers may induce a greater production of valuable material than would be the case if such rewards were limited or nullified. Consumers of intellectual material would surely not be better off if the production of such material were to cease due to an absence of adequate income to the producers of the same.

Legislation dealing with property must strike a balance between the interests of the producer and the interests of the consumer, even while recognizing that these interests, while diverging, are not diametrically opposed.

The interests of third parties and of society as a whole are another perspective which legislators need to bear in mind when enacting property law. Legislators need to be concerned to

achieve cohesion[24] in society and efficiency in the communications process. In its traditional role, the communications system is expected to integrate the country. In the Canadian context, communications originating in Canada must be encouraged as a counterweight to the messages flowing within the country but originated elsewhere. It is noteworthy that legislation designed to encourage the production and distribution of Canadian-authored messages will generally be compatible with the interests of Canadian authors.

In addition to integration or cohesion, society has an interest in efficiency. Intellectual outputs (or information, knowledge, creative "works") are technically known as public goods insofar as the use or consumption of the good by one does not subtract from, and may even add to, the use value on the part of others. One's enjoyment of a television program is not reduced by, and may even be increased by, viewing by others. From this point of view, it is undesirable to exclude through the price mechanism potential users since such users do not detract from use and enjoyment of others.[25]

These efficiency considerations are directly compatible with the individual interests of consumers of information in low prices, but may be incompatible with the interests of authors in higher incomes.

In any event the distribution of property rights has an important bearing on the pursuit of the aims of society. The assignment of property rights (whether they be copyright or otherwise) will affect what is produced and society's monetary valuation of final outputs. Property does more than give title to an income stream. It helps determine what men shall acquire and consider to be important.

Recognition and support of the claims of producers and consumers is very important. But it is also essential to maintain a balanced perspective. Today the largest proportion of wealth is highly abstract and disassociated from both tangible objects and from the proprietor's own labour; this state of affairs is exemplified by the importance of financial instruments such as stocks, bonds, franchises, licences and so forth.[26]

Furthermore, much productive activity entails the manufacture of information and knowlege for which exclusive proprietary rights are difficult (and perhaps undesirable) to maintain in the face of advancing technologies. And finally, the principle of private property in and of itself tells us little about the distribution of relative rights in a highly interdependent world where claims frequently conflict. It is reasonable and desirable, therefore, to construct property rights in such a manner as to fulfill the broad aims of society, even while maintaining security for the individual.

ECONOMIC ANALYSIS AND THE DISTRIBUTION OF PROPERTY

When government is considering revision of a property law, it frequently seeks the advice of economists; indeed, one of the present authors is an economist whose advice was so sought. It is important, therefore, to state in a straight forward manner the inherent limitations of economic analysis in matters such as these.

Modern neoclassical economics is a complex, systematized body of thought centering on the notion of **efficiency** (also termed "Pareto optimality"). The rule of efficiency governing "scientific" economic analysis is limited to the question: "Can one or more people be made 'better off' in terms of higher material incomes without making others worse off?"

In dealing with questions concerning the distribution and redistribution of property, objective economic analysis has little to say because redistribution necessarily violates the rule of efficiency stated above. Someone will be made worse off, probably absolutely but certainly relatively.

Virtually every policy enactment by government affects the distribution of property. For example, a recommendation that competition in an industry be increased, if implemented, will erode the market position of established firms, thereby changing the distribution of property. The argument that existing industry members can be "subsidized" or "compensated" by new entrants so as to maintain their pre-competitive position is

unworkable since real competition cannot persist when some competitors are being subsidized by others.

In brief, virtually every recommendation for a policy change or for continuation of an existing policy, has implications regarding the distribution of property and, as such, economists are disqualified from objectively making any recommendations whatsoever on the ground of efficiency. Recommendations on this basis have indeed been made in the area of cable copyright liability.[27]

Economic analysis can be useful in comparing the efficacy of alternative systems of property, given guidance as to the goals of public policy. Economists assume that economic actors pursue their own material well-being as best they can, given the constraints imposed by markets and ultimately by property law, and this assumption permits predictions of what the conduct of these participants will be under different systems of incentives as devolving from alternative systems of property.

A second important deficiency of economic analysis is that it tends to deal only with costs and benefits that are quantifiable; that is, deals only with transactions that take place in the "market." To return to our previous terminology, economics deals with transactions involving property to the exclusion of exchanges involving non-proprietary value. To the extent that non-proprietary value is of key importance (for example, the pursuit of national unity), economic analysis may do more harm than good unless it is carefully conceived and its limitations are candidly acknowledged.[28]

Given these general remarks regarding the limited authority of economics to make pronouncements on economic issues, let us now take a closer look at three important questions as they pertain specifically to the field of television programs. The three questions are:

"What should be produced?"
"How much should be produced?"
"Who should pay?"

What to Produce?

Economists shy away from qualitative factors. Thus Harvey Levin, for example, writes an economics text book on the American television broadcasting industry and warns the reader in a **footnote** as follows:

> I fully recognize that available measures of program type diversity and program composition among major informational and entertainment categories entirely ignore the issue of quality. I have not attempted to distinguish low-cost and possibly low-quality from high-cost and possibly high-quality programs. Readers are therefore alerted to the absence of quality weights in all quantitative measures in this study.[29]

The economists' unconcern over, or inability to cope with, issues of program quality can be positively harmful when it is recognized that there are social implications devolving from market transactions and that property is not synonymous with **total value.** In dealing with communications policy, (as opposed to copyright), it is the qualitative aspects that come to the fore, rather than the quantitative.

Viewing certain programs may have harmful social implications: foreign programming may erode our sense of nation;[30] violent programming may decrease social order;[31] programming depicting sexual or social stereotyping may contribute to repression;[32] pornography may erode morals and empathy between the sexes;[33] advertising many generate greed and lack of intimacy one for another.[34]

With customary wit John Kenneth Galbraith has commented upon the limited usefulness of economic analysis in addressing such questions:

> The manufacture of canvas, paint or pigment is a worthy concern of the

> economist; anything that lowers the cost of these commodities or expands their output contributes to economic goals. But the quality of the painting as distinct from the paint has never been thought a proper concern of the subject.[35]

The tools of economic analysis do not really permit the economist to deal with, or even to take into account, such issues. Such being the case, economists have no reliable answer to the question "what to produce?"

How Much to Produce?

Just as economists have difficulty in providing objectively truthful answers to the question "What to produce?", so too are they unqualified to answer objectively the question "How much to produce?" The anticipated response to the latter question is the following:

> The efficient production of a good requires that it be produced if the total benefit is greater than the total cost and that it be produced up to the point where an additional unit imposes greater costs than the benefit created.[36]

Such a response begs the questions as to how "total benefit" and "total cost" can be determined; without such information no real guidance has been given by the foregoing maxim.

In the case of television programing "total benefit" is impossible to measure insofar as television programing is a public good paid for not by viewers (at least not directly) but rather by advertisers or through taxation. No data regarding consumer demand are forthcoming from this state of affairs.[37] All that can be measured on the demand (benefit) side are valuations placed on advertising time by advertisers who have their own particular motives in funding television broadcasting.[38]

Even if a viewers' demand schedule could be measured, there would still exist important reasons for questioning its validity as being indicative of "total benefit." First, valuations of output depend upon the distribution of income; different income distributions will give different demand schedules and hence different measures of "total benefit.". There is no reason for believing that the existing distribution of income is "optimal." Second, viewing television, irrespective of the programming material, is felt by some to have addictive qualities.[39] If this is so, it would be inappropriate to treat total viewing (or even payments made for viewing under a pay television system) as "benefits."[40] Certain program types may be harmful, although quantification of these deleterious factors is probably impossible. Consequently, estimates of benefits based on empirical demand schedules will tend to be overstated.

Who Should Pay?

Once again, traditional economic analysis can provide few unambiguous answers. It is agreed that viewers themselves should not pay the full charge due to the public good aspect of television programming discussed previously. But, it is so agreed that "alternatives to direct-user payments, such as taxes or higher prices for other goods, may themselves produce inefficiencies ... [since] they may only imperfectly reflect the values that consumers place on additional quantities of the good."[41] The conundrum of efficient pricing is increased when, as we have just argued, the very notion of consumer sovereignty is rejected as the sole basis for efficiency in television program selection and distribution.

Although traditional economic analysis can give few unambiguous answers as to how much television programming should be produced, of what qualitative nature, and who should pay, nonetheless it can still provide some useful insights into less all-encompassing questions, as we hope to demonstrate in subsequent chapters.

SUMMARY

This chapter has analysed the relationships between value and property generally, and between copyright and communications

policy specifically. Furthermore, it has highlighted the limitations of economic analysis in dealing with questions of value residing outside the sphere of property law. Economics concentrates on market forces which, by definition, occur only within a system of property. Consequently economic analysis largely excludes non-proprietary value from consideration. In dealing with communications policy, however, we are concerned first and foremost with non-proprietary value.

NOTES

1. Communications policy itself has two major strands. The first is cultural policy, designed to stimulate the production and distribution of indigenous intellectual creations in an effort to contribute to national unity and related goals. The second is **telecommunications policy,** which is designed to set in place modern and efficient means of distributing any and all messages.
2. C.B. Macpherson, "Liberal-Democracy and Property" in C.B. Macpherson ed., **Property: Mainstream and Critical Positions** (Toronto: University of Toronto Press, 1978) p. 206; and Charles Reich, "The New Property" in **Ibid,** 188.
3. The utilitarian philosopher, Jeremy Bentham, observed: "Property and law are born together, and die together. Before laws [including common laws] were made, there was no property; take away laws, and property ceases." Jeremy Bentham, **Principles of the Civil Code** (1980), extracted in C.B. Macpherson, ed., **Property: Mainstream and Critical Positions** under the title "Security and Equality of Property", p.52.
4. Adam Smith, the father of modern economics, observed:

   > But man has almost constant occasion for the help of his brethren, and it is vain for him to expect it from their benevolence only. He will be more likely to prevail if he can interest their self-love in his favour, and show them that it is for their advantage to do for him what

> he requires of them... It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity, but to their self-love, and never talk to them of our own necessities, but of their advantages."

Adam Smith, **Wealth of Nations** (Harmondsworth: Pelican, 1970), pp. 118-119.

5. However, as noted immediately, the claim is not absolute: Reputation may be eroded if the facts bear witness to derogation of character.
6. Morris Cohen "Property and Sovereignty" in Macpherson, **Property: Mainstream and Critical Positions,** p. 167. Also Walter Lippmann, **The Public Philosophy** (New York: Mertar, 1955), pp. 90-96; and Richard Posner, **Economic Analysis of Law** (Boston: Little Brown, 1972).
7. See Jacques Ellul, **The Ethics of Freedom** (Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans, 1975), pp. 199-201. Also, Christopher Lasch, **The Culture of Narcissism** (New York: Norton, 1978); Daniel Bell, **The Cultural Contradictions of Capitalism** (New York: Basic Books, 1976).
8. James W. Carey, "Harald Adams Innis and Marshall McLuhan," in Raymond Rosenthal, ed., **McLuhan: Pro and Con** (Baltimore: Penguin, 1969), pp. 275,280.
9. A.A. Keyes and C. Brunet, **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law,** p.3.
10. John Shelton Lawrence, "Copyright Law, Fair Use, and the Academy: An Introduction" in John Shelton Lawrence and Bernard Timberg, eds., **Fair Use and Free Inquiry: Copyright Law and the New Media,** p.4.
11. C.B. Macpherson, 'The Meaning of Property", p. 4.
12. Morris Cohen "Property and Sovereignty" in MacPherson, **Property,** p. 159.
13. Warren J. Samuels, "Interrelations Between Legal and Economic Processes," **Journal of Law and Economics,** XIV (October 1971) 2, p.440.
14. **Ibid.**

15. **Ibid.**
16. C.B. Macpherson, "The Meaning of Property," p. 13.
17. Morris Cohen "Property and Sovereignty," p. 162.
18. William G. Shepherd, **The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Enterprise** (New York: Columbia University Press, 1975), p. 74.
19. Morris Cohen, "Property and Sovereignty," p. 152.
20. **Ibid.**, p. 163.
21. See Warren J. Samuels, "Interrelations Between Legal and Economic Processes" for an extended treatment of this issue.
22. John Stuart Mill, **Principles of Political Economy With Some of Their Applications to Social Philosophy** (1848), extracted in C.B. Macpherson, **Property: Mainstream and Critical Positions** under the title "Of Property", p. 83.
23. R.H. Tawney, "Property and Creative Work" in Macpherson, **Property: Mainstream and Critical Positions**, p. 136.
24. Note the explicit wording of the 1968 Broadcasting Act: "Broadcasting [should] ... safeguard the cultural, political, social and economic fabric of Canada."
25. Daniel Bell, "The Social Framework of the Information Society," in Michael L. Dertouzos and Joel Moses, eds., **The Computer Age: A Twenty-Year View** (Cambridge, Mass; MIT, 1979), and Fritz Machlup, **Knowledge: Its Creation, Distribution and Economic Significance Vol. 1.: Knowledge and Knowledge Production** (Princeton: Princeton University 1980).
26. Adolf A. Berle and Gardner C. Means, **The Modern Corporation and Private Property** (New York: Harcourt, Base and World, 1957); also John Kenneth Galbraith, **The New Industrial State** (Boston: Houghton Mifflin 1967).
27. S.J. Liebowitz, **Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons** (Ottawa: Consumer and Corporate Affairs, 1980).
28. Economists do sometimes try to quantify the qualitative through shadow prices, a process that attempts to impute to non-proprietary value prices that would exist were such value to become property. Such imputation is only as sound as the criterion lying behind the imputations. See, for example, Samuel B. Chase, ed., **Problems in Public Expenditure Analysis** (Washington: Brookings, 1968).

29. Harvey J. Levin, **Fact and Fancy in Television Regulation: An Economic Study of Policy Alternatives** (New York: Russell Sage Foundation, 1980), p. 15, n. 25.
30. Harold A. Innis, **Empire and Communications**; (Toronto: University of Toronto Press, 1972); K. Nordenstrong and Herbert I. Schiller, eds., **National Sovereignty and International Communication** (Norwood; N.J.: Ablex, 1979).
31. Ontario Royal Commission on Violence in the Communications Industry, **Report, Vol. I: Approaches, Conclusions, and Recommendations** Toronto: Queen's Printer for Ontario, 2977).
32. George P. Elliot, "The Enemies of Intimacy," **Harper's Magazine** (July, 1980).
33. Ralph Heintzman, "Liberalism and Censorship," **Journal of Canadian Studies** (Winter 1978-79).
34. Daniel Bell, **The Cultural Contradictions of Capitalism.**
35. **Economics and the Public Purpose** (Boston: Houghton Mifflin, 1973), p. 61.
36. S.J. Liebowitz, **Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons**, p.3.
37. Attempts have been made to estimate demand employing CATV subscription prices and penetration rates. See John McGowan and Merton Peck, "Estimating Consumers' Valuation of Additional Programming from CATV Data," mimeographed, unpublished, undated; also William Comanor and Bridger Mitchell, "Cable Television and the Impact of Regulation," **Bell Journal of Economics and Management Science** Vol 2 (1971).
38. Erik Barnouw, **The Sponsor: Notes on a Modern Potentate** (Oxford: Oxford University Press, 1978).
39. Marie Winn, **The Plug-In Drug** (New York: Viking, 1977); Jerry Mander, **Four Arguments for the Elimination of Television** (New York: Morrow Quill, 1978).
40. Note the remarks of Tibor Scitovsky in this regard: "Many comforts are satisfying at first, but soon become routine and taken for granted. Consumer demand for them remains undiminished, but the original motivation, the desire for additional satisfaction, is replaced by a new and very different motivation of wishing to avoid the pain and frustration of giving up a habit to which one has grown accustomed." Scitovisky, **The Joyless Economy** (New York: Oxford University Press, 1976), p. 137.

41. Stanley Besen, Willard Manning Jr., and Bridger Mitchell, "Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licensing and the Coase Theorem", **Journal of Law and Economics** 21 (April, 1978), 83.

CHAPTER 3

Property Rights in Broadcasting

by Robert E. Babe

INTRODUCTION

Property law is a system of formal rules helping to structure market forces. Because of the interdependence of claims to property, property rights can seldom be absolute. Instead rights are apportioned through the legislative and judicial processes among the members of society.

Through government, society as a whole has an interest in the outcome of economic activity. Because government has a role in the apportionment of rights to property and therefore of property itself, the apportionment of such rights must give due consideration to the goals of society. One of the goals of society is to achieve equity and fairness for the individual members of the unit.

For broadcasting, social goals have been specified in the **Broadcasting Act:**

> (a) Broadcasting undertakings in Canada make use of radio frequencies that are public property and such undertakings constitute a single system, herein referred to as the Canadian broadcasting system, comprising public and private elements.

(b) The Canadian broadcasting system should be effectively owned and controlled by Canadians so as to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada.

(c) All persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned.

(d) The programming provided by the Canadian broadcasting system should be varied and comprehensive and should provide reasonably balanced opportunity for the expression of differing views on matters of public concern, and the programming provided by each broadcaster should be of high standard, using predominantly Canadian creative and other resources.

(e) All Canadians are entitled to broadcasting service in English and French as public funds become available.

(f) The national broadcasting service [CBC] should contribute to the development of national unity and provide for a continuing expression of Canadian identity.

(g) The regulation and supervision of the Canadian broadcasting system should be flexible and readily adaptable to scientific and technical advances.[1]

A consensus has developed in recent years that the goals enunciated in the **Act** have not been adequately achieved by the broadcasting system as it functions at present.

Note, for example, the following extract from an important public announcement of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC):

> Recent evidence suggests that at least 68% of the total viewing of English-language programs done by the average Canadian is devoted to watching foreign-produced programs. When news, public affairs, and professional sports is removed, 90% of viewing is devoted to foreign-produced entertainment programs. With the exception of the Canadian Broadcasting Corporation, Canadian English-language broadcasters offer audiences virtually no Canadian entertainment programming in peak viewing periods and next to no Canadian drama - light or serious - at any period in their schedules. It should be noted that this is largely a phenomenon in English-language broadcasting; the situation is not as serious in regard to French-language programs where large audiences are attracted to Canadian French-language entertainment programs. However, the Commission considers that there is still a need for continuing improvement in French-language programs.[2]

To the extent that the goals set for broadcasting in Canada are not being met under the current system of property, consideration should be given to adjusting the system of property. Adjustments in the system of property may induce the conduct of industry participants to become more closely aligned with the goals set for broadcasting. Changes in the system of property should be undertaken within the constraints of fairness to all parties.

One important component of property law in Canadian broadcasting is copyright law. Copyright is certainly not the sole component, but its importance should not be minimized.

Because of its importance to broadcasting, copyright law presents itself as a candidate for property revisions.

Copyright law should be reviewed in any event in view of the significant technological changes which have occcured since 1924. The fact of these technological changes is alone sufficient reason to assess current legislation in order to assure that equity is served. Nonetheless, we emphasize that, given the failure of the broadcasting system to fulfill the goals set for it, a review of copyright legislation at this time is propitious.

This chapter reviews briefly the performance of the Canadian broadcasting system, and then proceeds to describe and analyze the current system of property. The analysis of property includes, but is not limited to, a review of copyright law. We will then be positioned for an in depth analysis of copyright issues in subsequent chapters.

CANADIAN TELEVISION PERFORMANCE

Evaluating the performance of Canadian television broadcasting depends in the first instance upon the criteria used for evaluation. Industry members will tend to concentrate on financial factors while government policy-makers are generally more concerned with programming activities. The two elements of finance and programming are related. Superior financial performance indicates that more can be done in the programming area while improved performance may detract from financial performance.[3] The trade-off between financial and programming performance is a consequence of the relatively high profitability of American programming for Canadian broadcasters. The ensuing sections of this chapter analyze the performance of the cable television industry and private sector Canadian television broadcasting. Then follows a brief discussion of the programming performance of the Canadian broadcasting system in the light of the criteria specified in the **Broadcasting Act**.

CABLE TELEVISION ECONOMICS

Cable television in Canada began in Nicolet, Quebec in 1950. Early systems were established predominantly in towns and

villages where television signals were received only with difficulty. Today cable television is very much an urban phenomenon achieving penetration rates of 80 to 90 percent in some metropolitan areas. Indeed, the majority of Canadians now subscribe to cable television.

Key indicators describing the development of the Canadian cable television industry are displayed in Tables 1 and 2. In 1967, only 516,000 households subscribed to cable, representing about 10 percent of Canadian households. Furthermore, only 25 percent of Canadian households had available the option of subscribing to cable since cable plant did not pass the remaining households. The popularity of cable TV, even at that time, is apparent, however, from the high penetration or subscription rate of over 40 percent of households for which cable was available.

By 1979, the industry had matured to the extent that 4.1 million or 54 percent of Canadian households subscribed to cable television. Moreover, by 1979, 78 percent of the homes in Canada had available the option of subscribing to cable, of which 59 percent subscribed."[4]

During the period 1967-1979, revenues increased by 1327 percent from $22.1 million to $314 million, while the pre-tax return to capital (comprised of earnings to equity capital and interest to debt capital) increased by 2300 percent, from $3.2 million to $76.9 million.

Cable television has become a highly profitable industry. Accompanying the increase in cable penetration rates from about 40 percent in 1967 to 69 percent in 1979, the pre-tax return on invested capital (net fixed assets) rose from 10 to 23 percent.

The cable television industry has been approaching maturity rapidly in the last few years. It is unlikely, given the state of the art technology and current CRTC procedures in dealing with cable, that cable television availability will extend much beyond 80 percent of Canadian households, for example. Estimates indicate that 30 to 40 subscribers per mile are required for cable systems to break even at current rates.[5] Therefore, a

profit maximizing cable company would not voluntarily extend service into less densely populated areas unless some regulatory **quid pro quo** were forthcoming.

Elsewhere the reward to capital (profits plus interest payments) accruing to the cable industry in excess of the amounts required to attract new investment capital has been estimated. It was concluded that "surplus" earnings of the cable industry were about $20 million before tax in 1977 and $29 million before tax in 1978.[6] That is, copyright payments from the cable industry could have totalled $29 million in 1978 without detracting from cable industry growth or necessitating increases in subscriber rates. Alternatively, cable rates to subscribers could have been reduced by $29 million (or by about 11 percent) without causing a decline in new investment.

PRIVATE TELEVISION ECONOMICS

Table 3 depicts the rates of return on investment accruing to the private television broadcasting industry over the period, 1969-1979. Rates of return are before tax and are defined as earnings plus interest over net fixed assets plus working capital. The figures for return in private television broadcasting are several orders of magnitude greater than those earned by the cable industry and, moreover, are also greater than required to attract new investment into television broadcasting.

Elsewhere I estimated the reward to capital (profits plus interest payments) accruing to the private sector of Canadian television broadcasting in excess of the amounts required to attract new investment capital. It was concluded that the "surplus" earnings of the industry were $42 million in 1977 and $50 million in 1978, (about 37 percent of total revenue in 1978).[7]

TABLE 1
CANADIAN CABLE TELEVISION INDUSTRY DEVELOPMENT
1967-1979 SUBSCRIBER DATA

	1967	1969	1971	1973	1975	1977	1978	1979
Subscribers	516,484	923,811	1,398,469	2,115,866	2,860,937	3,417,223	3,727,293	4,084,198
Potential Subscribers along Wireline Facilities	1,225,410	1,699,749	2,681,346	3,715,009	4,233,221	5,051,360	5,570,710	5,881,453
Canadian Households	5,034,000	5,514,000	5,779,000	6,266,000	6,703,000	7,022,000	7,320,000	7,558,000
Percent Penetration	42.1	54.3	52.2	57.0	67.6	67.6	68.1	69.4
Percent Households in Canada as Cable Subscribers	10.3	16.8	24.2	33.8	42.7	48.7	50.9	54.0
Percent Candian Households with Cable Available	24.3	30.8	46.4	59.3	63.2	71.9	74.7	77.8

Sources: Statistics Canada, **Cable Television**, annual, cat. no. 56-205, and Statistics Canada, **Household Facilities**, annual, cat. no. 64-202.

TABLE 2
TELEVISION PROFITABILITY 1967-1979
(In thousands of dollars)

	1967	1969	1971	1973[1]	1975[1]	1977[1]	1978[1]	1979[1]
Total Operating Revenue[2]	22,115	37,853	67,794	103,997	158,769	229,595	269,811	313,081
Operating Expenses[2]	13,507	23,162	37,667	52,943	81,956	216,433	145,644	180,999
Depreciation	5,234	6,603	13,459	20,974	32,227	42,701	48,760	55,611
Net Operating Income Before Tax (including interest)	3,374	8,088	16,668	30,080	44,586	60,461	75,407	79,127
Net Fixed Assets at Year-end	34,145	71,659	103,507	148,661	200,777	269,810	311,900	348,863
Rate of Return on Net Fixed Assets	9.9	11.3	16.1	20.2	22.2	22.4	24.2	22.7

Notes: 1. Excludes systems with under 1,000 subscribers for 1973-1979
2. Operating Revenue and expenses include "other revenue" and "other expenses"

Source: Statistics Canada, **Cable Televison**, annual, cat.no. 56-205

TABLE 3
PRIVATE TELEVISION BROADCASTING PROFITABILITY
1969-1979
(In thousands of dollars)

	1969	1971	1973[1]	1975[1]	1977[1]	1978[1]	1979[1]
Total Operating Revenue	106,574	115,790	170,747	233,571	330,978	403,465	472,541
Operating Expenses	76,502	92,060	126,107	178,210	247,341	299,088	348,971
Depreciation	6,984	8,258	9,281	11,200	14,103	15,490	17,058
Net Operating Income Before Tax (including interest)	23,088	15,472	35,359	44,161	69,534	88,887	106,512
Net Fixed Assets at Year-End	43,314	47,739	58,590	91,785	115,993	122,296	139,176
Estimates of Working Capital	13,835	12,813	19,493	22,705	38,466	38,878	55,236
Rate of Return on Net Assets Plus Working Capital Before Tax	40.4	25.6	45.3	38.6	40.5	55.1	54.8

Notes:

1. Working capital estimated by prorating total for radio and television by ratio of television revenues to revenues accruing to radio plus television.
2. Rate of return defined as earnings plus interest before tax over net fixed assets plus working capital.
3. Operating revenues and expenses include "other revenues" and "other expenses" respectively, and "adjustments" for years subsequent to 1971.

Source: Statistics Canada, **Radio and Television Broadcasting,** (annual cat.no. 56-204.

PUBLIC TELEVISION ECONOMICS

The Canadian Broadcasting Corporation is a non-profit, Crown corporation financed primarily through government transfers. As such, the CBC does not earn a rate of return.

The relative importance of public broadcasting in Canada has been in steady decline since the early 1960's. Whereas in 1967, the CBC's revenues of $130 million accounted for 42 percent of all cable, television and radio broadcasting revenues, by 1978 CBC revenues, $468 million, accounted for only 36 percent of all broadcasting system revenues. Revenues in the private sector of television broadcasting increased by 279 percent between 1969 and 1978; revenues of the CBC increased by only 130 percent over the same period.[8] Over much of the period the Corporation has increased its output of program hours significantly, despite a shrinking budget in constant dollars.[9]

TELEVISION PROGRAMMING PERFORMANCE

We will now turn to a discussion of the programming performance of the private and public sectors of television broadcasting. While it is true that the cable industry engages in program originations, some of a valuable and innovative nature,[10] the fact remains that the primary function of cable television is to rediffuse broadcasting signals, not to originate programming. (In 1979 the cable industry spent $20.3 million on programming, about 6.5 percent of revenues.[11]). While we concentrate here on programming of television broadcasters, due to the relatively greater importance of the latter, this emphasis should not be interpreted as derogating the value of local programming by cable companies.

It is not necessary to examine the programming performance of Canadian television broadcasters in minute detail since this has been the subject of previous studies.[12] But, it is important to consider some fundamental questions. One of the most fundamental questions is the relative performance of the private and public sectors.

In 1978 private television broadcasting received revenues of $403 million of which programming expenses accounted for 176 million (44 percent). These programming expenditures were comprised of procurement of foreign programs, production costs of advertisements, and production costs of Canadian television programs. The budget allocated specifically to Canadian programs is not publicly available. However, it has been estimated that only about 40 percent of private television broadcasters' program budgets, or about 14 percent of revenues, are devoted to Canadian program productions (about $70 million in 1978).[13]

The CBC in 1978 had a total budget of $518 million, of which approximately 80 percent was devoted to programming, compared to 44 percent for the private sector. Of the CBC's program budget, about 78 percent is devoted to television operations, and the remainder goes to radio, both domestic and international.[14] On the basis of these percentages, the television program budget of the CBC in 1978 would have been about 323 million. An essential point to note is that the public and private sectors of Canadian television broadcasting have revenue bases of almost identical magnitude, and in that sense the two sectors are comparable. These data are summarized in Table 4.

Having noted the funds made available for programming by the public and private sectors of Canadian television broadcasting, we turn now to the expediture of these funds. Canadian programming on private stations and networks is comprised almost exclusively of low employment and low complexity endeavours such as game shows, news and public affairs, and sports. Canadian programming on the CBC is much more diverse and includes high quality drama and comedy. Such differences in programming strategies between private and public broadcasters are reflected in employment statistics. During the period from 1975-76 to 1977-78, the number of prime time ACTRA assignments on the CTV network declined by 30 percent, from 1704 to 1278. The number of prime and non-prime time assignments fell from 3830 to 2750[15]. CTV and its private affiliates provide annually only 6 percent of the total income of ACTRA performers.[16] By contrast, the CBC is Canada's largest patron of the arts, bringing before Canadian audiences about 30,000 Canadian artists, musicians, commentators, actors and performers each year. The CBC also supports symphony

TABLE 4

ALLOCATION OF REVENUES

CANADIAN TELEVISION BROADCASTING 1978

	PRIVATE SECTOR		CBC	
Revenues and Expenses	Thousands of Dollars	% of Revenues	Thousands of Dollars	% of Revenues
Revenues	403,465	100.0	404,000	100.0
Program Expense	176,459	43.7	323,000	80.0
Other Operating Expenses	132,831	32.9	48,500	12.0
Pre Tax Return of Capital Depreciation interest, earnings	94,175	23.3	32,500	8.0

Source: Statistics Canada, **Radio and Television Broadcasting 1978**, p. 17; A.W. Johnson "Reflecting Canada and the Regions", **Canadian Forum** (February 1977).

Note: CBC television receives 80% of the Corporation's budget.

orchestras, ballet companies, and other valuable endeavours which would have difficulty surviving without its support.[17] The Corporation is the source for about 47 percent of the total income of ACTRA performers.[18]

Public and private broadcasters differ with respect to scheduling. Canadian programs on private stations and networks tend to be scheduled during time periods when the potential audience is lowest. During the hours of 7 pm to 9:30 pm, when the potential audience is greatest, Canadian content on private stations averages 10 to 15 percent. Moreover, Canadian content on private stations is concentrated in the summer months when potential audience is lowest.

By contrast, the CBC devotes about 60 percent of the hours between 7 pm and 9:30 pm to Canadian productions in the fall and winter, with a lower proportion in the summer months. Overall, Canadian prime time productions account for 70 percent of the CBC's fall and winter schedule between 6 pm and midnight, compared to 40 to 50 percent on private television.[19]

Much of the Canadian programming of private stations and networks does not appear to be favoured by audiences. In November 1977, for example, 47 percent of the hours broadcast by CTV were Canadian-originated, but such programming accounted for only 29 percent of CTV's total viewing hours; in the case of Global, 41 percent of the program hours were Canadian, but such programming accounted for only 19 percent of Global's total viewing hours. Canadian independents broadcast an average 39 percent Canadian content, but such Canadian programs accounted for only 18 percent of such stations' total audience. By contrast, 63 percent of the schedule on CBC-owned and operated stations was Canadian and such programming accounted for 64 percent of these stations' total audience.[20]

In light of the foregoing, we accept as accurate the following conclusion expressed in a report published by the CRTC:

> The private, off-air broadcaster, particularly in the English sector, continues to seek regulatory protection

> while contributing, in the main, the absolute minimum to Canadian content and at the same time, reaping ever-increasing profits from the system.[21]

INDEPENDENT PRODUCTIONS

It has been remarked widely that few Canadian independent productions receive distribution on Canadian networks and stations. The CBC in recent years has been taking steps to help remedy this perceived deficiency in Canadian broadcasting.

The difficulty faced by independent producers is shown by the following statistics. In 1975-6, the CTV Network devoted only 6 1/2 hours to independent productions out of a total of 1200 hours of original programming. CTV in that year also presented 30 hours of direct co-productions with independent producers.[23] By 1978-79, no time was devoted to either independent productions or to direct co-productions.[24] Within CTV itself, production is carried out primarily by only two of the fifteen full affiliates, namely CFTO-TV Toronto and CFCF-TV Montreal.[25]

There are a number of possible reasons for the paucity of independent productions on Canada's largest private network. Since private Canadian stations have financial incentives to broadcast only low-cost and low complexity programs,[26] it makes financial sense for the broadcaster himself to produce all the Canadian programs. In a study prepared for the Department of Communications, Professors Lapointe and Le Goff concluded that the type of programming sought by private Canadian broadcasters, whether quiz and game showns or public affairs, is of a production genre analogous to the news productions which "are preferably produced within the organization on account of the responsibility involved."[27] Therefore, "the independent production sector does not have specific technical advantages when is comes to this type of production." Furthermore, "because of its small size it (the independent producer) cannot share the risks with the broadcaster, an arrangement which might encourage the broadcaster to use its products."[27]

A number of other factors may also be of significance in explaining the reluctance of private broadcasters to use independent productions. First, because CRTC licensing practice requires that broadcasters own extensive production facilities, some of the costs to their own production houses of studio time and labour are fixed as overhead and need not be allocated to the costs of any particular program. This is not the case of course for the independent producer. Secondly, vertical integration may reduce the risk of bankruptcy to the program producer and will ensure a steady supply of Canadian programming to the broadcaster who must meet the CRTC's regulatory content quotas.

Thirdly, vertical integration allows broadcasters to participate in the profits from successful Canadian programs, without any need to share profits ("rents") with a non-integrated producer. Such programs may be used to cross-subsidize unsuccessful Canadian programs.

Finally, contractual arrangements between the broadcaster and his integrated production house (which are unlikely to be true arm's length arrangements) may permit the broadcaster to underestimate profits and thus request less onerous regulatory demands.

CABLE RIGHTS IN BROADCASTS

The financial and programming performance of the Canadian broadcasting system is an outcome in part of the existing system of property rights. Legislation pertaining to property (and regulatory decisions dealing therewith) are means whereby society pursues its goals. It is the task of the consultants to ascertain whether or not existing property rights respecting broadcast rediffusion (as given in the present **Copyright Act** and judicial interpretation thereof, and in the **Broadcasting Act** and regulatory decisions pertaining thereto) provide appropriate or sufficient market stimuli for the pursuit of the goals proclaimed in the **Broadcasting Act**. Furthermore, we are to determine whether the **Copyright Act** should indeed be used to provide such stimuli, and to make recommendations regarding appropriate modifications to the **Copyright Act**, as well as policy alternatives. Section 3(a) of the **Broadcasting Act** declares that

"broadcasting undertakings in Canada make use of radio frequencies that are public property ..." Section 3(c) of the same **Act** states that the right of freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned." Section 17(5) of the **Copyright Act** declares that "Copyright in a work shall also be deemed to be infringed by any person who for his private profit permits a theatre or other place of entertainment to be used for the performance in public of the work witnout the consent of the owner of the copyright..."

The public property nature of the radio frequency spectrum has meant that broadcasters do not have a proprietary right in their diffusion of broadcast **signals**, irrespective of program content. Therefore, individuals and cable components alike are not required to pay compensation for reception of electronically radiated signals.

Moreover, judicial interpretations of the **Copyright Act** have held that no copyright exists in a broadcast per se. Therefore, cable television companies may rediffuse broadcast signals to subscribing households without copyright liability if and when such programs are rediffused simultaneously with over-the-air transmissions.

There are three legal cases worth noting pertaining to these matters. In **Canadian Admiral Corporation v. Rediffusion, Inc.** (1954) Ex. C.R. 362, Mr. Justice Cameron held that a television broadcast had to constitute a "public performance" in order to qualify for copyright protection. While it was agreed that the broadcast of a film indeed constituted a "performance", it was also held that, insofar as the intended audience was comprised of subscribers in homes and apartments, viewing the program for private enjoyment, it did not constitute a performance "in public". The argument that a large number of private viewers could collectively constitute a "public" audience was rejected on the grounds that "the character of the individual audiences remains exactly the same; each is private and domestic, and therefore, not 'in public'".[29]

In Warner Bros. Seven Arts Inc. et al v. CESM-TV Ltd. (1971) Ex. Ct. January 25, 1971, Mr. Justice Cattanach ruled that, while broadcasts as such are not protected by copyright, "material contained in the broadcasts may be protected by copyright, but the protection attaches only to that material and not to the broadcast."[30] Consequently, the videotaping of programs by a cable television system (in this particular case as it happened, for subsequent rediffusion to subscribers) constituted unauthorized replication by a "contrivance by means of which the work may be mechanically performed."[31]

Finally, in **Capital Cities Communications Inc. et al v. Canadian Radio-Television Commission et al** (1975), the Federal Court of Appeal affirmed the power of the CRTC to order or permit deletion of commercial messages contained in broadcasts originating in the United States and being distributed in Canada by cable television systems. In his judgement, Mr. Justice Thurlow stated:

> The appellants [Capital Cities Communications] have no proprietary or other legal rights in their signals in Canadian air space. The radio frequencies in that space are public property under Section 3(a) of the Broadcasting Act. When the appellants put out signals on any of such frequencies, they make use of the public property in the frequencies but they do not by so doing acquire any right either in the frequency or the signals they have generated on it, and they have no right to have their signals received in Canada in any form, whether altered or unaltered. Nor have they any right to require that the licence of a Canadian broadcasting receiving undertaking [cable television system] conform to their requirements or demands.[32]

The decision of the Federal Court of Appeals was upheld by the Supreme Court of Canada on November 30, 1977.[33] While this case and its appeal did not pertain directly to copyright liability on the part of cable companies for program rediffusion, it is of significance that both courts held that it is lawful for cable systems to remove commercial content associated with the

broadcast of copyrighted television programs, or at least such programs originating in the U.S., notwithstanding the fact that it is this commercial content that gives value to the broadcaster in his licence to broadcast copyrighted materials. It is also significiant that the Supreme Court of Canada quoted approvingly from the U.S. **Fortnightly case:**

> Essentially, a CATV system no more than enhances the viewer's capacity to receive the broadcaster's signals; it provides a well-located antenna with an efficient connection to the viewer's television set ...
>
> If an individual erected an antenna on a hill, strung a cable to his house, and installed the necessary amplifying equipment, he would not be "performing" the programs he received on his television set. The result would be no different if several people combined to erect a co-operative antenna for the same purpose. The only difference in the case of CATV is that the antenna system is erected and owned not by its users, but by an entrepreneur.[34]

Nonetheless, although cable television companies bear no legal liability for copyright on broadcast programs rediffused simultaneously with the originating broadcast, they cannot make unfettered use of broadcast signals. Restraints on the uses that can be made of broadcast material have been promulgated by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, and it is important to note some of these restrictions.

First, cable television companies may not rediffuse broadcast signals without permission of the CRTC. The Commission has stated that it will generally approve cable rediffusion of all U.S. stations available over-the-air to the majority of the population in the service area of the cable company. But, it will normally not approve carriage of two or more stations affiliated with the same U.S. network even if such duplicate channels are available off-air. For cable systems employing distant head-ends and microwave to receive U.S. signals, the cable systems are generally authorized only to redistribute the three U.S. commercial networks and PBS.[35] With regard to distant

Canadian signals "it is the Commission's general policy to restrict the authorization...to stations which cable operators can receive over-the-air at their local headend."[36]

Secondly, under provisions contained in a 1971 policy statement, cable systems with at least 3,000 subscribers must, at the request of a local television station, delete the programming of a U.S. station (or a distant Canadian station) where such program duplicates simultaneously the programming of the local station.[37]

Thirdly, by a policy statement issued in 1971, broadcast signals rediffused by cable television companies are to be unaltered, except in those instances where cable companies have entered into contractual arrangements with Canadian broadcasters to insert replacement advertisements or other "suitable material" into the times occupied by advertisements on American stations, such substitute advertisements being sold by Canadian television stations.[38] "Suitable material" does not include commercials sold by cablevision companies themselves. This policy, however, has been implemented only in isolated instances, due in part at least to pressures at the political level by American broadcasters and the U.S. government. Although the majority of cable systems have installed the requisite equipment for commercial deletion and substitution, only a tiny minority of such systems have undertaken this activity. Indeed, on January 21, 1977, the CRTC announced that, in response to a request from then Communications Minister Hon. Jeanne Sauvé, and in order to allow time for the Supreme Court of Canada to make a finding on the legality of commercial deletion and substitution, the CRTC was postponing further implementation.[39] On November 30, 1977, the Supreme Court ruled that the CRTC indeed possessed the power to order and/or approve commercial deletion, and that cable companies were acting legally in obeying this order, at least as regards signals originating in the United States.

Fourthly, through its 1971 policy statement on cable television, the CRTC stated that it was of the view that cable television systems should offer compensation payments to over-the-air broadcasters for the economic use made of their programs. Insofar as this policy is very germane to the topic at

hand, it is useful to quote from the policy statement at some length:

> Cable television systems now rely for their existence upon the services supplied by television stations, and the Commission therefore has come to the conclusion that some method must be derived for cable television to make financial recognition of this fact.
>
> Cable television is a rapidly growing and generally thriving industry. As a result, some argue that cable television should pay the television broadcasters a subsidy and not try to develop a reason as to the "why" other than the "need". Others say that since cable television systems damage television stations, cable television systems should pay for this damage. However, the Commission believes that there is a more fundamental consideration.
>
> While cable television helps the television stations by improving picture quality and extending service areas, television stations do not depend on cable television for survival. However, the cable television systems are completely dependent on the television stations whose services they use in order to develop a value for subscribers who connect to their systems - television is literally the raison d'être of cable television. In effect, while cable television operators may argue they are really only selling an antenna service, sophisticated as it is, the subscribers are buying not antennas, but programmes.
>
> . . . . . .

> Stated simply, the fundamental relationship is: television stations are the suppliers, and cable television systems are the users.
>
> Thus, the basic principle involved is: one should pay for what he uses to operate his business. Even if there were no damage or if the cable television systems increased profits to the television stations, this principle would still be true. For example, the popularity of musical selections will be enhanced by exposure on radio stations - but not only are the stations not paid for this exposure, they must pay for the use. The task of the Commission must be related to the fundamental philosophical idea of payment for services rendered and for use made, with the pragmatic realization that, without this payment, in the long run, the very stations on which the cable systems depend may no longer be able to provide them those many services ....
>
> The Commission believes that it is imperative that the broadcasters and the cable television operators develop a method which will correct this inequality that has developed in the system. However, if no solution is forthcoming, the Commission will take the necessary steps to achieve this goal.[40]

The CRTC also suggested a plan for compensation by cable systems to broadcasters whereby the amount of compensation would be based on cable revenues, with a higher percentage imposed upon cable companies with higher revenues. In return, cable companies could receive authorization to replay programs already broadcast with advertisements intact. Cable companies could also use some of these predetermined funds to purchase program rights from other sources, such as the National Film Board.

Nonetheless, the CRTC has had difficulty in implementing its policy pertaining to compensation payments. It may well be that the CRTC no longer believes it has the power to order such payments under existing law.

It is worth noting that both Rogers Cable TV, in its application to acquire control of Canadian Cablesystems, and Canadian Cablesystems in its application to acquire Premier Communications, provided for an allocation of 1 percent of gross cable revenues to finance broadcast repeat channels and to provide interim financing for Canadian feature films and independently-produced television programs. In this latter regard, Cablesystems stated that such funding "allows the cable participants to assist the production of competitive Canadian programming,while, at the same time, allowing the contributors to determine, in some measure, how the money is to be spent."[41]

The practices adopted by Canadian Cablesystems, however meritorious they may be, are not akin to copyright payments. In financing one or more broadcast repeat channels, Cablesystems is paying for the right to replay material previously rediffused without payment, and such payments are required under the existing **Copyright Act** as interpreted in **Warner Bros.-Seven Arts V. CESM-TV.** Cablesystems is not making payments for simultaneous rediffusion. Furthermore, insofar as this cable television company is allocating funds to create new programming, owned and controlled (in part) by itself, there is no similarity to copyright payments. Copyright payments would be made for the use of existing programming procured from other sources.

To summarize, cable companies are permitted under existing legislation to distribute, without compensation to copyright holders, broadcast programs to subscribing households. Current legislation (as opposed to regulatory policy) does not preclude cable companies from removing commercial content associated with the broadcast of such programs, at least in those instances where the programs are broadcast from the United States, and inserting commercial messages or other material in their stead. Current legislation precludes videotaping of programs whether for subsequent rediffusion or otherwise in the absence of contractual

agreement between the cable company and the broadcaster or copyright holder.

Regulatory policy has served to circumscribe somewhat those property rights existing in legislation, however. Cable companies must attain regulatory approval before rediffusing of any broadcast signal. Regulatory practice has been to limit rediffusion to signals that can be received off-air and to a maximum of three non-duplicated U.S. commercial signals and one PBS station in those cases where such reception is unavailable off-air.

Distant stations must be deleted, at the request of a local broadcaster, during periods of simultaneous duplication of program material.

Cable companies may not insert their own commercial messages into the advertising time of television stations; furthermore, the regulator's policy of commercial substitution with advertisements sold by local broadcasters in place of advertisements sold by distant (U.S.) stations, is not being practised to any significant extent.

Finally, cable companies have not undertaken (with possibly one or two exceptions) to follow regulatory guidelines of compensating local broadcasters, either for the use made of their signals or for any perceived financial harm inflicted on them by the importation of distant signals, or both. Nevertheless, in a few instances, pursuant to regulatory guidelines, cable companies do purchase from broadcasters rights in copyrighted material produced by the broadcaster to repeat programming (advertisements intact) aired previously; such companies dedicate a channel or channels to this purpose.

OTHER CABLE PROPERTY RIGHTS

Cable television service is provided in Canada through local monopolies. Not only are cable companies so enfranchised by the CRTC, but in addition, current contractual arrangements and technological characteristics also serve to preclude direct competition. It is worthwhile noting briefly the effects of

technological and contractual aspects upon the monopolistic structure of the industry.

The provision of cable television service entails the establishment of a cable network characterized by high fixed capital costs and relatively low variable, or per subscriber, costs.[42] These costs and technological characteristics mean that it is most efficient that all local cable television services be provided through one cable plant (which need not necessarily be dedicated only to the provision of cable service, however). Any form of direct competition that would encompass widespread duplication of plant and equipment would prove to be wasteful and could well result in losses accruing to one or all of the companies involved; direct competition would erode the subscriber base and hence revenues of the hitherto monopolistic system, but would not reduce costs commensurately.

Current ownership and contractual arrangements preclude competition in the provision of cable service insofar as the large portion of the plant and equipment utilized (which, as argued above, cannot be efficiently duplicated) is at present dedicated through ownership and contractual arrangements to exclusive use of single companies for the purpose of providing local cable service.[43] Significant portions of cable plant are frequently owned by telephone companies and leased on an exclusive basis to cable companies; otherwise, the plant is owned outright by cable companies themselves.[44] While it has been suggested that all plant and equipment put to use for the purpose of providing cable television service be encompassed within a "single integrated network," owned by the telephone companies and leased out on a common carrier basis for provisioning of various services, including cable and telephone service, such arrangements have generally not been implemented except in isolated instances, such as in Elie, Manitoba, thereby precluding competition in the provision of cable service.

It is apparent, then, that the monopoly enjoyed by the members of the cable industry stems from law, including contract law, and from explicit regulatory policy. Monopoly is an outcome, but only in part, of technological considerations, since, as argued above, it is conceivable that different

ownership and contractual arrangements and different regulatory policies, could provide for a greater measure of competition, even given the aforementioned cost and technological considerations.[45] Telephone companies, for example, if not so precluded by law or regulation, might choose to offer cable service.

In addition to monopolistic service provision, cable television systems possess several other characteristics frequently associated with public utilities.[46] The service is provided through a permanent, physical connection between the producer and the consumer, as are electricity, telephones, water, and so forth, raising the possibility of undue price discrimination among subscribers since there is no possibility of resale of services. Moreover, cable television is associated with the fields of transportation and communications as are most public utilities. Finally, cable television has a special importance in the lives of many Canadians. As noted by Wood Gundy Ltd. "cable service is looked on almost as a necessity by those who are subscribers; in difficult economic times, cable would be one of the last services to be cancelled by the household".[47] The foregoing characteristics of the cable television industry may well have been instrumental in causing the Consultative Committee on the Implications of Telecommunications for Canadian Sovereignty (Clyne Committee) to recommend that cable companies "should be regulated on a rate-of-return basis."[48]

Nonetheless, cable television has been declared categorically by the CRTC not to be a public utility and hence is not subject to the same types of constraints normally imposed upon public utilities. Rather, the cable industry is declared to be a "hybrid",[49] falling between the two regulatory stools of broadcasting and telecommunications carrier.

As a component of the broadcasting system, cable television is in a number of respects treated by the regulator in a manner analogous to the regulator's treatment of traditional broadcasters: its profits are unregulated; it is licensed for a fixed period of time only, subject to renewal. In practice, licence renewals, although frequently subject to public hearing,

tend to be automatic.[50] But, on the other hand, cable systems are not subject to regulation respecting minimum quotas of Canadian content, the principal focus of the CRTC regulation of broadcasters.

And while, like public utilities, cable is enfranchised on a monopoly basis and its rates are subject to approval by the regulatory board, unlike public utilities, cable companies are not expected to extend service to unprofitable areas through the principles of cost averaging and cross subsidization. Nor are cable profits regulated directly. While the regulator has declared jurisdiction over rates and published numerous criteria by means of which cable rates are judged, rate of return regulation or other direct profit regulation has not been invoked.[51] Finally, and notwithstanding its ability to distribute messages from various sources, cable has not been declared to be a common carrier. It is permitted to (and indeed required to) originate its own messages, although being precluded from carrying advertising sold by itself or charging directly for such programming.[52]

PROPERTY RIGHTS IN BROADCAST SIGNALS

The **Broadcasting Act** declares that "radio frequencies are public property." All broadcasting transmitting undertakings, that is all undertakings which transmit radio signals for direct reception to the general public, must obtain a licence from the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and a technical operating permit from the Department of Communications.[53] The CRTC is empowered to grant licences for periods not exceeding five years, subject to renewal, if in the opinion of the Commission, the "objects" of the Commision will be furthered thereby. The objects of the Commission are specified in Section 3 of the **Act** and pertain **inter alia** to the broadcast of predominantly Canadian programming material.

There are two major reasons why the government has maintained itself or, in more recent years, delegated to an independent governmental regulatory board, the responsibility for licensing. The first reason concerns the technical characteristics of the radio frequency spectrum; the second concerns the ideology or

philosophy pertaining to broadcasting in Canada. We expand on each of these factors.

First, broadcast signals have certain characteristics which dictate that the allocation of frequencies be carried out by an administrative body, rather than through the exchange of private property rights in the marketplace. The radio spectrum "has many attributes of common property (shared use) resource."[54] Here we will note two of these attributes. First, the spectrum is not depleted through use, as are many other resources, but it is "subject to degradation and pollution which stem from congestion and intolerable interference."[55] These factors create problems in efficient use of the radio resource.[56]

While it has indeed been argued in some quarters that private property rights could and indeed should be created and supported through law,[57] in practice it seems unlikely that "property rights can be defined with sufficient clarity to make them marketable",[58] and in any event, "transactions costs" among the various affected parties could be high. This is not to say that user charges or other market-simulation mechanisms may not be appropriate as an adjunct to administrative allocation, however.

Furthermore, in addition to non-depletion (but degradation) through use in transmission, the radio spectrum also bears the characteristic of a public or common good in reception. Once radio signals are radiated, they are available for reception by all those with the appropriate receiving equipment who are located within the geographic coverage pattern of the signal.[59] Difficulties in controlling reception of satellite signals at present point to the common property nature of radio reception. It is for this reason that broadcasting tends not to be funded through direct market mechanisms whereby viewers and listeners pay according to use,[60] but rather through general taxation in the case of public broadcasting, advertising in the case of public and private broadcasting, or taxes on receiving equipment in some countries.

It can be argued that exclusion from reception through user payments, in addition to being costly (for example, costs entailed in scrambling and descrambling equipment, billing,

monitoring and so forth), are also undesirable insofar as the marginal cost associated with additional reception of transmissions is zero.[51] On the other hand, program originators must receive funding from some source in order to be induced to create programming in the first place, and it can be argued that a user-pay mechanism would give greatest support to viewer tastes.[62] In addition to questions concerning the extent to which market-based decision making is appropriate in the Canadian context (a point we return to immediately), it is to be noted that user-pay television, to the extent that it were to become a major mode of financing programming, would worsen the distribution of income in our society by discriminating against those unable or unwilling to pay.

In addition to the public property nature of the radio spectrum, there is an additional reason why Canadian law has precluded private property rights in radio frequencies. Broadcasting in Canada has been cloaked historically with a social purpose. Broadcasting has been viewed by legislators as a powerful cultural conditioner which, if unregulated, could, **inter alia**, erode Canadian nationhood through undue concentration on American-originated program material.

Consequently, broadcasting licences are to be issued only to those groups which, in the opinion of the CRTC, can and will contribute to the fulfillment of the objectives proclaimed for broadcasting in the **Act**. In furtherance of the **Act's** objectives, the CRTC was given substantial powers in addition to making initial awards of licences for periods of up to five years. It was granted the powers to renew and not renew licences, and to revoke licences for cause. It was empowered to attach conditions to licences and to amend such conditions. It was empowered to enact regulations respecting programming and other matters to which all licensees and/or licensees of a particular class of licence must adhere. It was empowered to file suit in the courts for failure on the part of licensees to comply with regulations.

To summarize, Canadian law permits the allocation of publicly-owned radio frequencies to private use for a limited period of time upon the condition that the frequencies so

allocated be utilized to help fulfill the aims set for broadcasting, namely that broadcasting in Canada should help "safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada." In order to facilitate and help ensure compliance with these ends, Canadian law has provided for the creation of an independent supervisory body with broad-ranging powers.

In order to gain further insight as to the existing system of property, it is therefore necessary to turn to the policies of the supervisory body, namely the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. The policies of the CRTC have been described and analysed at length by one of the present authors in previous studies,[63] and therefore only a brief summary of findings is presented here.

With regard to program content, the CRTC requires that 50 percent of the hours between 6 p.m. and 12 midnight be devoted to Canadian-originated material, and that over the full broadcast day (6am to 12 midnight), 60 percent of the broadcast hours be devoted to Canadian content; these quotas are averaged over the full broadcast year.[64] Within these constraints, most licensees are free to choose programming from whatever source and to schedule such programming according to their own inclinations.[65]

With regard to commercial content, licensees are constrained to a maximum of 12 minutes per hour. Commercial content is also subject to some government control, especially pertaining to food, drug and other such products, and is subject to legislation designed to limit "misleading advertising." Canadian content quotas are applied to commercial content also.

With regard to the licensing of radio frequencies, it is the policy of the Commission to grant new licences for periods of up to five years to parties adjudged best prepared to fulfill the aims set for broadcasting; competitive applications are generally requested in the case of new licence issues. Respecting licence renewals, it is the policy of the Commission to issue renewals for up to five years for licensees deemed to have provided adequate or superior performance, and for less than five years for licensees deemed to have provided inadequate

performance. It is not the policy of the Commission to hold competitive applications for renewals nor to fail to renew licences. With regard to transfers of licence, it is the policy and practice of the CRTC to admit as applicant the party proposed by the vendor only, not to intervene in financial negotiations reached between the buyer and seller, and to approve the great majority of transfer applications.

Furthermore, certain corporate groups, namely telephone companies and chartered banks, are precluded from holding broadcasting licences. On a number of occasions, the Commission has also expressed concern regarding undue concentration of control of media and cross ownership among cable, broadcasting and newspapers, although at present, its policies in these regards are unclear.[67] Broadcasting licences in Canada through Order-in-Council may be held only by Canadian citizens and corporations.

The market forces stemming from the current system of property, when combined with audience preferences, have meant that the goals proclaimed in the **Broadcasting Act** have proved illusive to attain.

SUMMARY

Market forces take on shape and slope only within the structure set by property law. In the broadcasting field, an important component of the system of property is copyright legislation. To the extent that the performance of the broadcasting system is inadequate, copyright legislation becomes a candidate for revision in order to restructure market forces so as to improve performance.

From a financial point of view, the private sector of Canadian broadcasting is performing very well; rates of return accruing to private television broadcasters are several times those required to attract new capital, while the cable industry too earns well above the cost of capital.

Nonetheless, the programming performance is inadequate. This inadequacy becomes especially conspicuous when comparisons are made between the private and public sectors, each having comparable financial resources.

NOTES

1. Part of section 3 of the **Broadcasting Act** 1968, R.S.C. 1970, C.B-11, as amended.
2. CRTC, "Public Announcement: Canadian Content Review," (December 31, 1979). See also Robert E. Babe, **Canadian Television Broadcasting Structure, Performance and Regulation** (Ottawa: Minister of Supply and Services for the Economic Council of Canada, 1979); Anon, **Broadcasting and Telecommunications: Past Experience, Future Options** (Ottawa: CRTC, 1980).
3. Note that this statement is precisely the opposite of that which economists are prone to make. Economists generally assume that good financial performance is an outcome of good non-financial performance, monopolies excepted.
4. Calculations based on data from Statistics Canada, **Cable Television**, catalogue number 56-205, annual, and Statistics Canada, **Household Facilities**, catalogue number 64-202,annual.
5. Robert E. Babe, **Cable Television and Telecomaunications in Canada: An Economic Analysis**, p. 58.
6. Robert E. Babe and Philip Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting - Renewal and Transfer, A Report Prepared for the Department of Communications**, Ottawa, and available upon request from the Department, September 1980, pp. VI-II to VI-12, and also pp. IV-2 to IV-25. See also Stylianos Perrakis and Julio Silva - Echinique, "The Profitability and Risk of CATV Operations in Canada," paper prepared for the

Department of Communications, Ottawa, 1980, and Harvey J. Levin, **Fact and Fancy in Television Regulation: An Economic Study of Policy Alternatives,** 102-130.

7. Babe and Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting,** pp. VI-11 and VI-12; also pp. IV-2 to IV-25. See also Stuart McFadyen, Colin Hoskins and David Gillen, **Canadian Broadcasting: Market Structure and Economic Performance** (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1980); Perrakis and Silva-Echinique, "The Profitability and Risk of Television Stations in Canada"; and Levin, **Fact and Fancy in Television Regulation,** pp. 102-130.
8. Calculations based on CRTC, **Special Report on Broadcasting in Canada 1968-1978,** Vol. 1, (Ottawa: Minister of Supply and Services, 1979) Statistics Canada, **Radio and Television Broadcasting,** annual; Statistics Canada, **Cable Television,** annual.
9. Bruce McKay, **The CBC and the Public: Management Decision Making in the English Television Service of the Canadian Broadcasting Corporation, 1970-1974,** Ph.D. thesis, Stanford University, 1976, pp. 83-84.
10. Jean McNulty, **Other Voices in Broadcasting: The Evolution of New forms of Local Programming in Canada,** Report Prepared for the Department of Communications, Ottawa, 1979.
11. Statistics Canada, **Cable Televison,** annual.
12. Babe, **Canadian Television Broadcasting;** Anon, **Canadian Broadcasting and Telecommunications: Past Experience, Future Options** (Ottawa: Minister of Supply and Services for the CRTC, 1980); Canadian Council of Filmmakers, **CTV Network Ltd.,** intervention prepared for submission to the CRTC on the subject of the application for renewal of the network licence, January 17, 1979.
13. Canadian Cablesystems Limited, **Submission to the CRTC on Canadian Content Review,** July 1980, p. II-8. It could be argued that Canadian Cablesystems is not the most reliable source for data pertaining to broadcasters' expenditures on Canadian programming insofar as cable companies and television broadcasters are rivals in regulatory proceedings. Nonetheless, the fact that the foregoing estimates are contained in a submission to the CRTC, which presumably is aware of the actual data, should serve to increase the authority of the estimates.

14. A.W. Johnson, President of CBC, "Reflecting Canada and the Regions," speech to the Men's Canadian Club of Vancouver, November, 1975, extracted in **Canadian Forum** (February 1977), p. 30.
15. Council of Canadian Filmmakers, **CTV Network, Ltd.**, intervention prepared for submission to the CRTC on the subject of the application for renewal of the network licence, 7 January, 1979, p. 22.
16. A.W. Johnson, **Touchstone for the CBC** (Ottawa: Canadian Broadcasting Corporation, 1977), p. 6.
17. Canadian Broadcasting Corporation, **Annual Reports.**
18. A.W. Johnson, **Touchstone for the CBC**, p. 6.
19. Babe, **Canadian Television Broadcasting**, pp. 75-79, 198-210.
20. Canadian Broadcasting Corporation, **The CBC's Programing Services**, submitted to the CRTC in support of the applications for renewal of network licences, May 1978, p. 144.
21. Anon, **Canadian Broadcasting and Telecommunications: Past Experience, Future Options**, p. 35.
22. Hugh Edmunds **et al.**, **A Study of the Independent Production Industry with Respect to English Language Programs in Canada with Recommendations for Policy Action**, Vol. 1. (Windsor: Centre for Communcations Studies, University of Windsor, 1976); Alain Lapointe and Jean-Pierre Le Goff, **L'Industrie de la Production d'Emissions de Télévision** (Ottawa: Department of Communications, 1980); Babe, **Canadian Television Broadcasting**, pp. 84-86.
23. Edmunds, **A Study of the Independent Production Industry**, Vol. 1, p. 95.
24. Canadian Council of Filmmakers, **CTV Television Network Ltd.**, intervention of CCFM to the CRTC on the subject of the application for renewal of the network licence, January 17, 1979, p. 27.
25. **Ibid.**, p. 29.
26. See especially Babe, **Canadian Television Broadcasting Structure**, pp. 49-99.
27. Alain Lapointe and Jean-Pierre Le Goff, "Summary-Canada's Television Program Production Industry", available from Department of Communications, Ottawa, May ,1980, p. 8.
28. **Ibid.**

29. See Communications and Information Services Division, Department of Consumer, Corporate and Internal Services, Government of Manitoba, **Broadcasting and Cable Television: A Manitoba Perspective (Winnipeg: 1974)**, pp. 25-27.
30. A.A. Keyes and C. Brunet, **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law**, p. 106.
31. **Warner Bros. - Seven Arts Inc. et al v. CESM-TV Ltd (1971) 65 C.P.R.** 215 at 241, quoted in **Broadcasting and Cable Television: A Manitoba Perspective**, p. 27.
32. Quoted in CRTC, **Annual Report** 1974-75, p. 27. It is not clear from the foregoing whether the same rights regarding commercial deletion and substitution would pertain to signals originating in Canada.
33. In the Supreme Court of Canada, **Capital Cities Communications Inc., Taft Broadcasting Company and WBEN, Inc. -and-Candian Radio-Television Commission**, November 30, 1977.
34. **Fortnightly Corporation V. United Artists Television, Inc. (1968)**, 392 U.S. 390, opinion of Stewart J., quoted in judgement of Mr. Justice Bora Laskin, in The Supreme Court of Canada, **Capital Cities Communications Inc. et al v. Canadian Radio-Television Commission et al.** It is important to note that Mr. Justice Fortas set forth a vigorous dissenting opinion in **Fortnightly,** holding cable systems do indeed "perform" the material picked up and distributed. Furthermore, subsequent to the decision, the U.S. Congress enacted new copyright legislation making cable systems liable for copyright payment. See Chapters VI and VII **infra.**
35. CRTC, "Public Announcement: A Review of Certain Cable Television Programming Issues", March ,1979, pp. 15-18.
36. **Ibid.** p. 19.
37. CRTC, "Policy Statement on Cable Television: Canadian Broadcasting, 'A Single System'", 16 July, 1971. The present requirement regarding non-simultaneous duplication represents a modification from the policy originally proposed by the Commission, that non-Canadian programs transmitted by Canadian broadcasting stations and rediffused by cable television were not to be duplicated on the cable system either simultaneously or within seven days of broadcast by the Canadian station. See CRTC, "Public Announcement: Guidelines for Applicants Regarding Licences to Carry on CATV Undertakings," April 10, 1970.

38. CRTC, "Policy Statement on Cable Television: Canadian Broadcasting, 'A Single System'" July 16, 1971.
39. CRTC, "Public Announcement: Commercial Deletion," January 21, 1977.
40. CRTC, "Policy Statement on Cable Television: Canadian Broadcasting 'A Single System'", July 16, 1971.
41. Canadian Cablesystems Limited, **Application for Control of Premier Communications Limited**, (1980), p. 78.
42. Babe, **Cable Television and Telecommunications in Canada**, pp. 9-59.
43. Geographically dispersed systems may employ common head ends and microwave links to defray costs to individual systems.
44. See Robert E. Babe, "Public and Private Regulation of Cable Television: A Case Study of Technological Change and Relative Power", **Canadian Public Administration** (Summer, 1974) for a perspective on the relative property rights accruing to cable and telephone companies from these arrangements. Generally, it is the policy of the CRTC that cable companies have the option of owning most of the plant utilized in their operations, the most notable exception being cable systems located in the Province of Manitoba.
45. The competition would be of the form of the "value-added carriers" in the US telecommunications industry.
46. See James Bonbright, **Principles of Public Utility Rates** (New York: Columbia, 1961), p. 8, and Charles Phillips, **The Economics of Regulation** (Homewood: Irwin, 1969), p. 4.
47. Wood Gundy, Ltd. "Progress Report: The Cable Television Industry," February 26, 1975.
48. **Telecommunications and Canada**, p. 21.
49. CRTC, "Public Announcement: A Review of Certain Cable Television Programming Issues", 26 March, 1979, p. 9.
50. See Babe and Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting.**
51. CRTC policies respecting cable television rates and extension of service are discussed in greater detail in Babe, **Canadian Television Broadcasting Structure, Performance and Regulation**, pp. 130, 163-168.
52. Although it is quite conceivable that cable television companies will be authorized to offer pay-per-channel services in the near future.

53. Cable television systems, termed in the legislation "broadcasting receiving undertakings", must also obtain licences in order to rediffuse these broadcast signals. However, MATV systems (master antennas) and household antennas are not so licensed.
54. Harvey J. Levin, **The Invisible Resource: Use and Regulation of the Radio Spectrum** (Baltimore: John Hopkins Press, 1971), p. 29.
55. **Ibid.** p. 6.
56. **Ibid.**, pp. 29-30.
57. R.H. Coase, "The Federal Communications Commission" **Journal of Law and Economics,** 2(October 1959), William H. Meckling, "Management of the Frequency Spectrum", **The Radio Spectrum: Its Use and Regulation,** (Washington: Brookings, 1968), pp. 26-34.
58. William K. Jones, "Use and Regulation of the Spectrum: Report on a Conference", **Ibid.**, pp. 71-115; and Levin, **The Invisible Resource,** pp. 85-117.
59. Point to point communications, for example microwave transmissions, do not bear this characteristic, however.
60. Scrambling of signals may cause unauthorized reception to be more costly to the viewer than contracting with the program originator for a descrambling device.
61. Paul A. Samuelson, "Public Goods and Subscription TV: Correction of the Record", **Journal of Law and Economics** (1971).
62. Jora Minasian, "Television Pricing and the Theory of Public Goods", **Journal of Law and Economics** (1971).
63. Babe, **Canadian Television Broadcasting;** Babe and Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting.**
64. Higher quotas pertain to the CBC during prime time hours.
65. This freedom may be circumscribed in those cases where stations have been licensed on the basis of unique Promises of Performance.
66. Over the period 1968-1980 the CRTC has failed to renew or revoked four licences, none on grounds of programming performance. See C.C. Johnston, **The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission,** draft study for the Law Reform Commission of Canada, 1979, p. 2-83.

67. Robert E. Babe, "Empires in TV Land", **In Search/En Quête** (Winter, 1980); also Robert E. Babe, "Concentration of Control in the Canadian Cable Television Industry", **Regulatory Reporter,** Canadian Law Information Council, 1 (1980), pp. E53-E65.

CHAPTER 4

Some Economic Issues

by Robert E. Babe

INTRODUCTION

The primary purpose of this study is to assess from the point of view of Canadian communications policy the Keyes and Brunet recommendations for instituting a copyright in the rediffusion of broadcasts. Keyes and Brunet, it will be recalled, recommended that a revised **Copyright Act** should give copyright protection to Canadian **broadcasts** incorporating Canadian program material and that a Copyright Tribunal be created to, **inter alia,** "fix the appropriate fees and establish the necessary safeguards to ensure equitable assessment, collection and distribution of royalties to Canadians."[1]

An assessment of Keyes-Brunet implies, however, a prior assessment of the suitability of copyright legislation **per se** to pursue communications policy, given our mandate. Some might argue that copyright law is an inappropriate means of pursuing the same, and yet could favour (or oppose) Keyes-Brunet on other grounds. Furthermore, if it is determined that copyright is indeed a suitable means of pursuing communications policy, an assessment of the efficacy of Keyes-Brunet in comparison with alternative proposals is in order.

We argued in Chapter 2 that the effects of copyright legislation on communications policy must be considered by policy-makers because copyright legislation will indeed have an effect - perhaps perverse or perhaps supportive but nevertheless an effect there will be. Pe[illegible] policy-makers, after reviewing copyright, will opt for goa[illegible]r than communications policy, (perhaps ensuring high rewa[illegible]o all creative producers or placating foreign interests) **if** such goals are in conflict with communications policy. But the point remains that communications policy must enter the decision-making process as there will be an effect.

The position of the consultants is that copyright legislation should be made to harmonize as much as possible with all the aims of society, that if society has conflicting goals these should be specified and the trade-offs recognized. In any event there is no inherent or **a priori** reason why copyright law should not be used to aid the pursuit of communications policy, any other functions of copyright notwithstanding. All property rights have both individual and social consequences.

The following section of this chapter addresses some key economic issues pertaining to the general topic of cable copyright liability for rediffusion of broadcasts: monopoly, incidence, equity, financial impact of cable on broadcasters and copyright holders, and incentives from cable copyright liability. Other economic issues, such as financial need and ability to pay, programming performance and so forth were treated in Chapter 3.

After a discussion of the concept of monopoly and of other key issues in economics, the chapter turns to the specific Keyes-Brunet recommendations with respect to a rediffusion right. The chapter compares the proposals found in **Copyright in Canada** with those of the Economic Council and with those of the Clyne Committee.

ECONOMIC ANALYSIS OF SOME CABLE COPYRIGHT ISSUES

Monopoly

To some, copyright is perceived as a "monopoly" right bestowed upon creators of certain types of works. Once copyright is declared to be a form of monopoly, classical restraints and abuses can easily spring to mind and thereafter it is but a short step to policy recommendations designed to remove such alleged restraints on competition.[2]

Not infrequently in economic analysis as elsewhere the conclusion reached is dependent to a significant extent upon the assumptions and perceptions existing before the analysis is even begun.[3] Therefore, if one begins to analyse the economic aspects of copyright from the point of view of the theory of monopoly, one is almost foreordained to arrive at the conclusion that copyright protection should not be strengthened and, indeed, should be weakened. On the other hand, if the problem is approached from the point of view that copyright is a property right in no significant way different from other property rights, one will judge the issue in the context of the efficacy of the market forces generated from the right and in the context of the contribution of the right to the broader objectives of society. We begin this section, therefore, by discussing the validity of the characterization of copyright as monopoly.

Monopoly, even in its most blatant examples, is seldom perfect; there are nearly always substitutes.[4] Neither is competition ever perfect; there nearly always exist some unique characteristics in products or in sellers. What is at issue in employing the terms "monopoly" and "competition" is the extent to which other goods, services, sellers and so forth are substitutes for the good, service or seller in question.

Economists frequently employ the term "cross elasticity of demand," and even deign to attempt measurement thereof, to denote the degree to which competition exists.[5] Furthermore, they look at profit rates earned[6] and barriers to entry into an industry[7] in order to determine whether significant degrees of monopoly power are present.

With regard to television programming, however, with perhaps a few notable exceptions, it is highly improbable that monopoly power exists to any degree that could be termed problematic. Competition exists at three distinct levels.

Television viewing is certainly a popular activity of many Canadians; it is asserted, for example, that viewing television occupies more of the leisure time of North Americans than any other activity except sleeping.[8] Part of the popularity of viewing television is attributable to the low price entailed in such activity.[10] Nonetheless, it is possible to overstate the monopoly aspects of television programming. Canadians do, on occasion, tear themselves away from their television sets, indicating that television viewing still faces some competition from other activities despite the low price of viewing. Moreover, while television stations are authorized at present to occupy exclusively particular frequencies to present a schedule of programs, it is a rare occurence that a television station does not face some direct competition for the viewers' time from other stations receivable in the same locality, in addition to competition from other leisure time pursuits. In major markets, competition among eight or more stations is no longer unusual, and the number of outlets is growing annually.

Furthermore, programs must also compete for viewer attention with programs offered on the same station at other times, as well as with programs competing both simultaneously and at other times on competing stations. It is also apparent to everyone that especially popular programs and formats tend quickly to spawn imitators in significant volume, a manifestation of competition at work.[10]

In any event, to the extent that, despite the foregoing observations, the monopoly question is still held to be problematic, it is to be noted that in the years to come it will certainly become less so. Cable capacity is in principle unlimited, and we are witnessing the formation of new satellite-cable networks offering specialized channels of news, children's programing, pay television, "superstations," and so forth. In the context of these developments, the monopoly question pales into insignificance.

Therefore, association of the law on copyright with the term "monopoly," as regards television program production at least, is unwarranted. The term "monopoly" should be applied only to important classes of goods or services offered by single sellers for which there are few good substitutes - for example telephone, electricity and indeed cable television service.[11]

It is true that, at present, the supply of Canadian-originated programs tends to be concentrated within a few major production houses; however, this state of affairs is not in the least attributable to copyright, but rather it results from ownership links among television networks, stations and production houses (vertical integration) and the foreclosure of independent productions resulting therefrom.[12]

For the foregoing reasons, we dismiss claims pertaining to the alleged monopolistic restraints inherent in copyright protection of television programs.[13] Rather, copyright should be viewed in the context of property law as developed in Chapter 2 and assessed as to whether the existing system of rights permits society to "realize the purposes of its members or some of the purposes of some of its members".

Incidence of Cable Copyright Liability

An important question concerns who would bear ultimately the burden of cable copyright liability - cable companies or cable subscribers or both. For insight into this issue, it is necessary to return to the cost and demand aspects of cable television.

While cable television apparently suffers from diseconomies of scale with regard to geographic extent (that is, past some minimal optimal size cable television costs increase disproportionately with increases in size),[14] nonetheless, cable systems experience significant economies of density. The marginal cost of adding subscribers to a system of given geographic proportions is lower than average cost per subscriber.[15]

Evidence has also been developed which indicates that, at prices charged by cable television companies (year 1975), demand

is slightly elastic; that is, an increase in prices would decrease revenues.[16] Furthermore, evidence has been developed indicating that, in 1975, marginal revenue per subscriber (at $28.00 per year) was somewhat less than marginal cost (at $33.00 per year) on average.[17] Presuming that econometric analysis and the data base used in these studies permit conclusions to be drawn to this degree of accuracy, (an assumption that is not necessarily valid) the findings indicate that cable television systems (at that time) were not maximizing short run profits, a state of affairs that may be attributable, in part, to the fact that the CRTC must approve all increases in cable rates.

The simplest way to invoke copyright liability on cable companies would be through compulsory licensing whereby the copyright fee is based on a percentage of gross cable revenues. This fee could be depicted diagrammatically as a shift to the in the demand and marginal revenue schedules.[18] In the case of a profit maximizing monopolist under conditions of constant and increasing marginal costs, the firm will be unable to pass on to the consumer the full amount of the tax. However, insofar as some evidence exists that cable systems at present (or at least up to 1975) are not maximizing short run profits (margi- nal cost is greater than marginal revenue), the firms in the industry would have the potential to pass on a greater propor- tion of the tax than would otherwise be the case. Of course, the regulator would still have a role to play in this regard, however.

It is likely that a revenue tax for copyright would result in somewhat higher prices to consumers with a consequent diminution in cable subscriptions, but that the increase in price would be significantly less than the per subscriber tax, even in the absence of regulatory supervision over rates.[19] Given the existence of regulation and the fact that high rates of return are being earned currently by the industry (as we saw in Chapter 3), it becomes even more improbable, or in any event unjustifiable, that the cable industry would be able or permitted to pass on more than a portion of copyright liability payments to subscribers.

Equity Among Viewers

It has been suggested on grounds of equity that it would be inappropriate that cable television subscribers should be required (through cable copyright liability) to pay for programming when over-the-air viewers do not pay directly for such programming.[20] The issue of "undue" price discrimination (equity) has received considerable airing before regulatory tribunals as regards the setting of prices for, **inter alia**, telephone service. In such proceedings it has been held that customers in substantially like circumstances should be charged the same rates for the same service. Under this criterion, different rates are charged for multiparty as opposed to single-line service, to customers located in differently sized exchanges (that is according to the number of telephones within a free-calling zone), to business vs. residential customers, and according to the time of day and day of the week that long distance calls are placed.

Under regulatory criteria of fairness, however, it is illegal to charge different rates to customers of different age, sex, race, income or occupation.[21] It would appear that copyright liability on the part of cable television companies would not constitute undue price discrimination if the issue were evaluated within the foregoing regulatory context. After all, cable subscribers receive much greater diversity in programming than do off-air viewers, and the act of subscribing is voluntary on their part.

It should also be borne in mind that cablevision subscribers make payments for the express purpose of receiving a greater quantity and diversity of programs than would otherwise be available. While these payments at present accrue only to companies providing the technical means of delivering the programs to the home, this fact should not misdirect our attention from the real purpose of the payment.

In the absence of program material, no one would subscribe to cable. The question then becomes whether copyright holder should be permitted to participate in existing or augmented subscription fees. This question turns, in part, upon criteria of equity

between cable companies and copyright holders as well as upon other social goals.

Cable's Financial Impact on Broadcasting

An issue that has been of long standing concern to the regulatory authority is the possible deleterious financial impact of cable television on over-the-air broadcasters. In 1969, the CRTC stated its view that

> The rapid acceleration of such a process [namely an enlarged coverage area of U.S. networks and U.S. stations and therefore their advertising markets in Canada] ... would represent the most serious threat to Canadian broadcasting since 1932 before Parliament decided to vote the first Broadcasting Act. In the opinion of the Commission, it could disrupt the Canadian broadcasting system within a few years.[22]

In accordance with this perception of the possible or likely impact of cable televison on the revenues of Canadian broadcasters, the CRTC developed a number of policies (not all of which have been implemented to any significant extent) designed to protect traditional broadcasters from the increased competition attributable to cable television. These policies were described in Chapter 3.

Financial harm inflicted on Canadian broadcasters by cable television could constitute one argument in support of payments on the part of cable companies to broadcasters; revised cable copyright legislation would be one mechanism for initiating such payment.

Financial harm to broadcasters is not necessarily synonymous with financial harm to copyright holders, but there is a strong correlation. First, significant portions of the schedules of television stations are often produced by the stations themselves, and to this extent broadcasters are indeed copyright holders. Secondly, to the extent that cable inflicts financial

harm on broadcasters, copyright holders too can be expected to suffer since broadcasters make payments to copyright holders for the purchase of program rights.

In any event, broadcasters purchase rights (licences) to diffuse program material from copyright holders (assuming the latter to be distinct from the former) and cable companies, without incurring liability, are free to utilize these signals in pursuit of monetary gain. If cable inflicts financial harm on broadcasters, it lowers the value of the licence to diffuse programming that has been purchased by the broadcaster from the copyright holder.

Copyright law could be used to cause cable companies to compensate directly copyright holders. Alternatively, copyright legislation could declare rights in the licence to diffuse program material, thereby requiring cable companies to compensate broadcasters. Or, copyright legislation could incorporate both of the forementioned rights and duties.

The financial impact of Canadian cable television on private sector broadcasters (as distinct from copyright holders and non-commercial broadcasters) has been the subject of two detailed analyses.[23] In one study (Babe), it was concluded that cable television to date (1972 data) had not caused a discernible decline in Canadian private sector broadcasting revenues and that, in fact, it may have served to increase such revenues. The other study (Liebowitz) concluded that cable television in Canada had not served to decrease prices charged for advertising time on the part of North American broadcasters and that, indeed, it may have served to cause an increase in prices charged; from this conclusion the last mentioned author inferred that cable television has benefitted financially North American broadcasters. In addition, it is to be noted that cursory examination of time series data regarding the growth of television advertising revenues and the relative monetary importance of television as an advertising medium would not support the contention that cable has harmed Canadian broadcasters. If cable indeed has not harmed private sector broadcasters, it has probably not harmed copyright holders either.

The terms of reference given the consultants includes a critical analysis of the Liebowitz study on the impact of cable on broadcasters. Detailed comments are reserved for Appendix II. As developed in the appendix, the present consultants have serious reservations with respect to Professor Liebowitz's policy recommendations.

Criteria for Exacting Payment

Incentives will vary in accordance with the principles used in invoking cable copyright. Two types of principles are important to consider: principles relating to criteria for payment, which is the subject of this section, and principles determining who shall be paid, the subject of the next section.

There are two basic ways in which cable companies can be required to make copyright payment: use of market mechanisms (bargaining) or use of compulsory licence. In the case of the former, cable companies would negotiate rediffusion rights with the copyright holder (either the broadcaster or the original holder of the copyright) and make payments directly to that party. In the latter case, the copyright fee for rediffusion would be predetermined in some way and paid initially to an administrative body which would then redistribute the funds to the parties concerned on some basis.

The use of market mechanisms (bargaining), it has been argued, will make it more likely that suppliers can capture the incremental value of their programs to viewers and advertisers.[24] In this view, the negotiating power of the program copyright holder (or alternatively the television station) will enable payments commensurate with viewer popularity. Since different prices would be negotiated for each program or series of programs (or alternatively each television station), by each cable company, and since cable companies would negotiate separately, total cable copyright payments would be maximized.[25]

One difficulty in using the market mechanism stems from cable's status as a local monopoly. Insofar as the party that would be procuring rediffusion rights has substantial market power vis-a-vis its subscribers, it could refuse to negotiate

rights to rediffuse some programs on stations considered valuable to some subscribers in its belief that non-carriage would not induce many subscribers to cancel the service altogether. Subscribers do not pay by the program or by the station but rather make monthly payments for the complete service, and they have no other cable alternatives from which to choose.

Furthermore, it is not at all clear that the market mechanism would contribute to Canadian communications policy. If copyright were granted to foreign as well as domestic interests, it is likely that the bulk of copyright payments would leave Canada due to the popularity of American programs and stations in Canada. If copyright were vested solely with domestic interests, the problems in nurturing meritorious but less popular programs might not be relieved and in any event cable companies might well wish to decline carriage of Canadian programs or stations in favour of the "free" and popular US alternatives.[26]

Finally, since cable companies would be required to contract individually with either program suppliers or stations, there would be a great deal of administrative and contractual costs in using bargaining as the means to set rediffusion payments.

The alternative, compulsory licensing, could base copyright payments on any number of critera: revenues, profits, subscribers, number and type of signals rediffused, and so forth. If the reason for invoking cable copyright liability is primarily to enforce payment for use of signals, then payment based on the number and type of signals rediffused makes sense. On the other hand, if copyright is invoked primarily with the intent that cable should make a contribution to Canadian broadcasting, payments based on financial criteria will be more apt.[27] Since profits may be disguised in many ingenious ways,[28] copyright liability based on profitability is not workable.

The disadvantages inherent in the market approach constitute the advantages of compulsory licensing. While the total copyright payments by the cable industry could be lower under compulsory licensing, there would be less disruption in service to subscribers, less administrative difficulty and cost, and more

opportunity to employ the funds in accord with Canadian communications policy.

To Whom Should Payments Flow?

Cable copyright payments could be directed either to program copyright holders or to broadcasters or to both. If program copyright holders were granted the right, irrespective of nationality, American interests would be the primary beneficiaries. Private television broadcasters in Canada diffuse U.S. programming for about 50 percent of their schedules and in addition cable systems often carry 4 or more American channels for which the Canadian content is approximately zero. It would make little sense to create a rediffusion right for copyright holders if U.S. interests were to gain disproportionately, to Canadian. But, as we discuss below in Chapter 6, **Copyright, Federal-Provincial Relations and International Relations**, non-discrimination as to nationality is a prominant feature of international copyright conventions to which Canada is a signatory. If copyright for cable rediffusion is to be vested with copyright holders, a means ought to be found to give paramount consideration to Canadian interests while not discriminating as to nationality.

Alternatively, cable copyright liability payments could be directed to broadcasters. This could be done in two ways. Either a rediffusion right in the very act of transmission (as opposed to rights in the programming **per se**) could be created, or alternatively copyright legislation could explicitly confer rediffusion rights in the licence (contract) to diffuse program material which is procured from program copyright holders by broadcasters. The first approach was recommended by Keyes and Brunet; the second is implicit in the approach recommended by the Economic Council of Canada.

In either event, there are two problems inherent in any rediffusion right created for all broadcasters. The first problem concerns the flow of copyright payments out of the country as cable companies pay for the rediffusion of American stations. The second concerns the fact that copyright payments to private Canadian stations may not be that productive in

stimulating the performance of the Canadian broadcasting system; we noted in Chapter 3 that private television broadcasting is already highly lucrative but that Canadian private broadcasters have performed quite poorly in terms of programming.

ECONOMIC ANALYSIS OF THREE PROPOSALS FOR CABLE COPYRIGHT LIABILITY

Keyes and Brunet Rediffusion Right

In order to avoid "drastic increases in royalty payments to non-nationals" implicit in universal copyright rediffusion protection, the Keyes-Brunet recommend creation of a "rediffusion right" whereby "copyright protection be provided, by means of a right to rediffuse, to **Canadian broadcasts** incorporating Canadian program material."

This recommendation stems from the authors' conclusion that broadcasts **per se** are not subject to international copyright treaty while the program material is. By discriminating as to the national origin of the broadcast signal, and then differentiating as to the national origin of the material being exhibited on that signal, it would be possible for Canada to comply technically with her international obligations while at the same time ensuring that no copyright payments leave the country. The payments would be made through compulsory licensing.

While it remains to be specified on what basis the revenues would be distributed among broadcasters, it is clear that Canadian-originated programming would become somewhat more attractive to Canadian broadcasters (although still very much disadvantaged relative to U.S. programs), and less attractive to Canadian cable companies. Canadian program suppliers (to the extent they are distinct from Canadian broadcasters) would also benefit to the extent that they would come to share the increased revenues accruing to broadcasters.

From the point of view of Canadian communications policy, there are a number of weaknesses to the Keyes-Brunet proposals. First, there would be insufficient stimulation of Canadian

program productions. Keyes-Brunet recommend direct transfer of funds from the cable industry to the Canadian broadcasting industry without making firm provisions as to stimulating program production directly. We saw in Chapter 3 that the private sector of Canadian television broadcasting is highly lucrative with pre-tax returns on investment of over 50 percent. Despite this high profitability only an estimated 14 percent of private sector revenues are devoted to Canadian programs. The Canadian programs that are offered by private sector broadcasters are of low complexity and low employment and frequently do little by way of pursuing the goals set for broadcasting.

The consultants are not persuaded that increasing revenues to private broadcasters would significantly increase programming performance in light of the financial incentives they operate under and their programming performance to date. We do believe, however, that cable copyright payments flowing to the CBC and other public broadcasting entities in Canada would stimulate program production. This assessment is again based on the historic program performance of the CBC and its financial need.

Secondly, Keyes-Brunet propose creating in law a proprietary right in broadcast signal transmission. However, it has been a long standing principle of both broadcasting policy and more generally radio spectrum management in Canada that no private property rights are to exist in radio frequencies (see discussion in Chapter 3). While the proprietary right proposed could be made contingent upon possession of a broadcasting licence in which no private rights are enforced, nonetheless we deem as undesirable the erosion in the public property nature of the radio spectrum inherent in the Keyes-Brunet proposal.

Thirdly, and as taken up in greater detail in a subsequent chapter, Keyes-Brunet propose discrimination as to nationality; while their proposal may be in accord with the letter of international copyright conventions, it is likely to provoke international difficulties.

Economic Council of Canada Proposal

The Economic Council of Canada recommended that copyright payments by cable companies be required only in those instances

where commercial content was deleted by the cable companies or where the broadcast program does not contain commercials. The Council was apparently of the view that broadcasters granted these rights should receive compensation in proportion to the audience reached by the programs.[29]

It was noted in Chapter 3, above, that only in rare instances are commercials deleted at the present time, although given regulatory authorization cable television companies are legally empowered to delete commercials. Given the current situation, therefore, the main beneficiaries of the Economic Council's recommendations, if adopted, would be the Canadian Broadcasting Corporation, provincial educational broadcasters such as the Ontario Educational Communciations Authority, and the Public Broadcasting System in the U.S. To the extent that one believes public broadcasting to be superior to advertiser-financed television in transmitting important cultural values, and to the extent that one believes the former to be under-financed and under-represented relative to the latter, the Economic Council of Canada has indeed put forth a viable policy option.[30]

There are a number of attractive features in the Economic Council's proposals. First, insofar as copyright fees would be directed toward non-commercial television, non-commercial television would be encouraged. This could induce and enable the CBC, for example, to cut back on its reliance on advertising; this would be welcomed by both CBC viewers and Canada's private, commercial broadcasters who could be expected to gain advertising revenues from such action. It could also lead to the establishment of new provincial educational television systems and other non-commercial broadcasting.

Secondly, insofar as public broadcasting would be the beneficiary of these payments, it would be easier to earmark such funds to specific purposes, for example independent productions if such were deemed desirable, than it would in the case of private television. Copyright payments to the CBC and provincial broadcasting entities would be directed where financial need is greatest and performance highest.[34]

Third, the proposal relieves the dilemma entailed in most other copyright liability schemes whereby the U.S. broadcasters

and copyright holders could be expected to be the primary beneficiaries; for most commentators located in Canada, that would be an unfortunate outcome of cable copyright liability. In the present instance, however, only PBS in the U.S. would gain from copyright liability.

Finally, the Economic Council proposal implies the creation of a copyright in the licence to diffuse (exhibit) program material as procured by the broadcaster from the copyright holder, rather than in the process of diffusion as recommended by Keyes and Brunet. We consider this advantageous from the standpoint of the public property nature of radio frequencies, a historic feature of Canadian communications policy.

The major criticism that some might apply to the Economic Council's recommendations we perceive as a benefit, namely that copyright legislation would be differentiating between public and private broadcasters. At a simplistic level of analysis it could be held that copyright should reward producers in accordance with market demand and in that sense treat all producers equally. But, we have argued at some length that market demand itself takes on shape and slope only within the framework of law of which copyright is a component. Therefore it does not make sense to set law so that market forces are given full reign when it is realized that the particular set of market forces that is in operation is an outcome of law. That is why we pointed out that law is an important means whereby society pursues its goals by adjusting market forces. However, the market forces that currently exist in the private television broadcasting sector (of which copyright is a component) are ill-suited to the pursuit of communications policy. A rediffusion right for all Canadian broadcasters would not disturb the perverse system of incentives facing private broadcasting.

Furthermore, under the present system of property private broadcasting is not characterized by financial need and granting the private sector a rediffusion right would mean little more than a transfer of funds from the cable industry to the broadcaster.

The Economic Council proposal, it is to be emphasized, does not contemplate taking something away from private television broadcasters which they now have; rather it contemplates **not increasing** their rights through cable copyright liability.

We turn now from the current situation in which commercial deletion and substitution is minimal to one where cable companies have full discretion as to deleting and substituting commercials, provided they compensate the rights' holder. For purposes of this discussion, we assume that copyright payments are negotiated on a per program basis. This is because compulsory licensing would be unworkable in the context of commercial deletion and substitution; as will become apparent, relative evaluations of the original commercial messages versus the substitute advertisement must be arrived at on a case-by-case basis.

Cable companies would be interested in deleting broadcast commercials and substituting ones sold by themselves upon payment of copyright liability to broadcasters in those instances where: (i) the commercial time is worth more to the cable company than it is to the broadcaster, (ii) copyright liability payments are less than advertising revenues accruing to the cable company but equal to or greater than the foregone advertising revenues (as a result of commercial deletion) of the broadcaster. As noted by Liebowitz, there is evidence that indicates that the farther a viewer is located from a television broadcasting transmitter, the less valued he is by the advertiser.[31] This would obviously be true in the case of local business advertisements, but may be true for other forms of advertising as well. Therefore, it is most likely that commercial deletion, substitution and copyright payments would be applied by cable companies to distant television stations that are imported by the cable company.[32]

This state of affairs would result in two opposing forces as regards television advertising expenditures. On the one hand, insofar as television advertising would become geographically "targeted" to a much greater degree than at present, advertising via television would become more "cost effective" in inducing sales and so advertising expenditures should rise.

On the other hand, the degree of effective competition amongst television stations becomes increased since all distant signals become truly "local" in terms of local advertising. The increased competition (or the increased supply of local advertising time) could cause advertising rates to fall, resulting in less advertising revenues overall, notwithstanding the increased effectiveness of television advertising. A factor not to be neglected in this regard, however, is the local monopoly status of cable television systems; the monopoly aspect could permit the cable company to set prices at monopoly levels (subject only to the local competition of locally-based television stations) so as to maintain and increase television advertising revenues over-all.[33]

It is possible to conceive of situations where commercial deletion and the ensuing copyright payments are applied to all distant signals, to U.S. signals only, and to Canadian signals only.

If commercial deletion were applicable to all stations, the primary beneficiaries would be U.S. stations and copyright holders. This is because all American stations are distant stations in the sense that they serve markets other than Canada in the first instance at least, and because 70 percent of all viewing time in English Canada is devoted to American-originated programs. It is true that Canadian cable companies, broadcasters and copyright holders would receive higher revenues in the first instance (that is, assuming to be negligible the effects of increased competition for transmission of local advertising on advertising rates and the share of local stations therein). However, it is to be expected that U.S. interests would receive an additional $3.00 or more for each additional $1.00 to Canadian copyright holders, based upon the foregoing viewing shares. If commercial deletion and copyright liability were applied to U.S. signals only, the proportion of additional revenues captured by U.S. interests would be even higher and none of the additional revenues would accrue to Canadian copyright holders.

If commercial deletion, substitution and copyright liability were authorized only for distant Canadian stations, Canadian

copyright holders could be expected to gain more than they would in the instances described above. And, if commercial deletion were authorized only for the Canadian portion of the schedules of distant Canadian stations, Canadian copyright holders and other Canadian interests would be the exclusive beneficiaries. The increased competition for diffusion of local advertising could lead to a greater concentration of control in Canadian broadcasting if the increased competition proved to be detrimental to the financial welfare of small nations.

Note that the foregoing discussion differs from CRTC policies regarding commercial deletion and substitution insofar as the CRTC did not envisage copyright recompense for such activity. In the absence of copyright liability, it makes sense from a pragmatic (if not a moral) point of view to delete commercials on U.S. stations; with copyright liability it makes sense to delete commercials on Canadian stations.

A policy of commercial deletion, substitution and copyright liability can be expected to be favoured by local advertisers due to the increased number of local advertising outlets, by cable companies due to their stake in the action, and by some Canadian copyright holders. It could well be favoured also by Canadian broadcasters who over-all would gain in revenues, although the increased competition could cause some stations (probably the smaller ones) to lose out in terms of local advertising in their home markets and find that they were unable to make up these losses in distant markets.

Clyne Committee Recommendations

Neither Keyes-Brunet nor the Economic Council of Canada offered policy recommendations concerning the market exclusivity of programming rights in the face of cable importation of distant signals, but this was the area of greatest concern to the Clyne Committee. At present, broadcasters (both networks and local stations) which are licensed to serve well-defined geographic territories, negotiate exclusive rights to broadcast program material to their territories for a specified period of time (generally one to two years); competing stations and networks are precluded from negotiating rights to broadcast the same material during the duration of the agreement.

Cable television systems vitiate these arrangements, to some extent at least, by importing distant signals into local markets and foreign signals into Canada in those instances where the distant stations have themselves negotiated exclusive rights to the program for their territories but have negotiated no such rights respecting the area served by the local cable system. Since current copyright legislation does not make cable systems liable for copyright liability, broadcasters find their market exclusivity of program rights lessened and copyright holders thereby may find their value in the sale of exclusive market rights reduced. The case is analogous to a publisher who has negotiated exclusive rights to publish a work (say, for Canada) only to find a rival publisher selling the same work in competition to him without having negotiated any such rights.

It was a principal conclusion of Chapter 2 that exclusive property rights seldom exist and, indeed, in most cases would be impossible and undesirable to enforce due to the interdependency of competing claims. With regard to the case at hand, broadcasters wish to claim market exclusivity of program rights and would like to prohibit cable television's importation into their market of those programs for which they have procured "exclusive" rights. On the other hand, cable claims the right to trap off air and to rediffuse broadcasting signals, irrespective of the program content of those signals, and this claim is enforced by the current **Copyright Act** as judicially interpreted. However, given our position on the general non-existence of exclusive claims, we are unable to reach a determination on the issue at hand as a matter of principle. We consider that this issue must be resolved by delving deeper into the particular circumstances of the case.

Two additional points should be made in this regard, however. First, by CRTC regulation, cable systems must delete distant signals (and substitute in their stead local signals) during times of simultaneous program duplication. This regulation has the effect of re-establishing program exclusivity in those instances where identical program material is diffused simultaneously. (At one time, the CRTC considered enforcing these deletion and substitution provisions for seven days prior to and subsequent to local broadcasts but did not proceed in the

face of representations from the cable industry in opposition to this proposal).[34]

Second, it can be argued that freedom of contracting might cause these problems to sort themselves out. In negotiating rights to a local market, it can be argued, program rights' holders are aware that distant signals imported by cable will reduce the value of "exclusive" rights as perceived by the local broadcaster and, hence, they will accept reduced payment. Likewise, it can be argued, rights' holders are aware that television stations are rediffused by cable systems beyond the geographic coverage pattern of their broadcast contours and, in this realization, will be able to negotiate higher payments than would otherwise be the case. The net effect, it can be argued, is zero (unless viewers spend more time watching television as a result of the greater variety attributable to cable).

This latter argument seems reasonable on the surface. Nonetheless, three points should be made to it in opposition: the international broadcasting question; transactions costs and imperfect knowledge; and technological change.

With regard to the international aspects, it is quite conceivable, even assuming costless transactions and perfect knowledge, that Canadian stations and copyright holders could lose out to foreign stations and copyright holders. To the extent that Canadian stations lose their exclusive program rights as a result of importation of American signals by cable, revenues to Canadian broadcasters will decline and, in all likelihood, will not be compensated for by revenues attributable to increased exposure in American markets.[34] To the extent that copyright payments from Canadian broadcasters to Candian program producers are related to the revenues received by these broadcasters, cable could cause a decline in the Canadian program production industry.[35]

With respect to ease of contracting and perfect knowledge, it is sufficient to point out that it may be difficult and costly to prevent slippages from the system, thereby resulting in reduced revenues.

Of most significance, and related to the preceding points, is the issue of technological change. To date, cable companies have been restricted technologically in their importation of distant signals by the technical capability of well-placed antennae arrays (head-ends) or such arrays supplemented by microwave links and distant head-ends. The regulatory authority has also served to circumscribe the permissible uses of the latter.

Through the linking of cable with communications satellite technology, however, hitherto local stations can be distributed nationally by cable systems for essentially zero marginal cost once the signal is carried by satellite. In the forseeable future, direct broadcasting satellites (DBS) may provide national coverage of "stations" without the required intermediation of cable systems.

The use of satellites in conjunction with cable systems or otherwise increases problems regarding program exclusivity for local broadcasters and in the longer term may throw into question the very existence of local broadcasting as we know it. Any program rights' holder could very well find it more lucrative to sell exclusive, national rights in program material to "stations" carried nationally by cable systems rather than to local stations and networks comprised of interconnected local stations; such sale of rights would preclude the sale of the programming to local stations (or networks acting on their behalf). American "stations" or networks receivable in Canada through cable networking or directly through DBS could likewise foreclose purchase of rights by Canadian "superstations".[36] Copyright holders intent on maximizing revenues can be expected to sell exclusive rights to entities with the greatest coverage, at least when exclusivity is involved.

The regulatory authority has an important responsibility in these matters, of course. The CRTC possesses full authority regarding what signals will be carried on Canadian satellites and/or rediffused by Canadian cable television systems. If it were to permit the widespread distribution of Canadian or American "superstations" nationally (either through cable-satellite networks or directly through DBS) which duplicated substantially the program schedules of local

broadcasters, it would probably be foreordaining the demise of the latter, at least in non-metropolitan markets. These "superstations" would be in a position to compete for exclusive national program rights against the national networks, and would be in a position to foreclose the broadcast of attractive programming by independent stations and by affiliated stations during non-network time periods. We can also envisage an increase through competitive bidding in the prices charged by American producers with the advent of entities with national Canadian coverage.

Some problems of technological change and copyright policy are taken up again in Chapter 10, **Conclusion.**

SUMMARY

This chapter began by discussing a number of key economic questions pertaining to cable copyright liability - monopoly, incidence, equity among viewers, cable's financial impact on broadcasters and copyright holders, incentives from cable copyright liability. The chapter discussed two basic ways in which cable companies could be required to make copyright payment - bargaining and compulsory licensing. It was noted that bargaining, while possibly maximizing copyright payments, was disadvantageous as compared to compulsory licensing as regards possible disruptions in subscriber services, pursuit of Canadian communications policy, transactions costs and enforcement.

The chapter then addressed economic issues flowing from three proposals to invoke cable copyright liability: those of Keyes-Brunet, the Economic Council of Canada, and the Clyne Committee. The principal advantage of Keyes-Brunet is that it retains in Canada all cable copyright payments, but this retention is at the expense of discrimination in law as to nationality and the probable international difficulties resulting therefrom.

There are other disadvantages associated with Keyes-Brunet. Since payments would accrue to broadcasters, both public and private, a significant portion of the funds would not be used to stimulate Canadian program productions. Also, the proposal

entails creation of a proprietary right in broadcast signals, contrary to broadcasting policy which states clearly that "radio frequencies are public property."

The recommendations of the Economic Council possess several advantages. Copyright payments would be largely retained in Canada without any discrimination as to nationality in law. Secondly, the funds are directed to non-commercial broadcasting where financial need is greatest and where programming performance is best. Thirdly, property is created in the licence to exhibit programs, not in diffusion, and this is in accord with the principle that "radio frequencies are public property." Fourthly, market forces would be adjusted more in accordance with the goals of Canadian communications policy than would be the case if the Keyes-Brunet proposals were adopted. One disadvantage of the Economic Council position is shared by the Keyes-Brunet proposal: no special provision is made to encourage independent producers.

Finally, we noted that the Clyne Committee recommended protection in law for the market exclusivity of program rights. We are unable to make a determination on the issue as a matter of principle, and reserve judgement on this until discussing technological change in Chapter 10, **Conclusion.**

NOTES

1. A.A. Keyes and C. Brunet, **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law,** pp. 142-3.
2. See, for example, Steven Globerman and Mitchell Rothman, "An Economic Analysis of a Performers' Right", paper prepared for the Research and International Affairs Branch, Department of Consumer and Corporate Affairs, Ottawa, mimeo, 1979. The authors state: "A copyright is a publicy-granted monopoly; unless some important public purpose is to be served, the public should not create monopolies." (p. 7). Similarly, S.J. Liebowitz asserts: "Giving a monopoly to a copyright holder is an attempt to allow him to extract as much of the value of the good as possible from the public. Once the good has been produced, a monopolistic copyright holder will cause losses to society by refusing to reproduce the items in the most efficient quantitites". S.J. Liebowitz, **Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons,** (Ottawa: Minister of Supply and Services for the Department of Consumer and Corporate Affairs, 1980), p. 3.
3. Gordon D. Kaufman, **Relativism, Knowledge and Faith** (Chicago: University of Chicago Press, 1960); also Stanislav Andreski, **Social Science as Sorcery** (London: Andre Deutsch, 1972); Thomas S. Kuhn, **The Structure of Scientific Revolutions,** 2nd ed., (Chicago: University of Chicago Press,

1969); Michael Polanyi, **Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy** (Chicago: University of Chicago Press, 1962).

4. See, for example, Kenneth Boulding, **Economic Analysis, Vol. 1 Microeconomics**, 4th ed., (New York: Harper and Row, 1966), pp. 470-485; and Harold Hotelling, "Stability in Competition," **Economic Journal**, Vol. XXXIX (1929), pp. 41-57.
5. George Stocking and Willard Mueller, "The Cellophane Case and the New Competition," **American Economic Review Vol. XLV** (1955), pp. 29-63.
6. Joe S. Bain, "Relation of Profit Rate to Industry Concentration", **Quarterly Journal of Economics** (August, 1951), H. Michael Mann, "Seller Concentration, Barriers to Entry, and Rates of Return in Thirty Industries 1950-1960," **Review of Economics and Statistics** (August 1966).
7. Joe S. Bain, **Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries** (Cambridge: Harvard, 1965); and William G. Shepherd, **The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Enterprise** (New York: Columbia University Press, 1975), pp. 92-113.
8. Tony Schwartz, **The Responsive Chord** (Garden City: Anchor Press/Doubleday, 1974), p. 52.
9. There are certain significant fixed costs associated with television viewing, such as purchase or lease of the equipment and perhaps monthly cable charges, but the variable costs associated with viewing are low consumption of electricity and depreciation of the set itself.
10. Indeed this "wasteful duplication" of program types as competition increases has often been held by economists to be a detriment of the competitive system in broadcasting. See **inter alia** Peter Steiner, "Program Patterns and Preferences and the Workability of Competition in Radio Broadcasting", **Quarterly Journal of Economics** (1952); Peter Wiles, "Pilkington and the Theory of Value," **Economic Journal** (1953); Harvey Levin, "Program Duplication, Diversity and Effective Viewer Choices: Some Empirical Findings," **American Economic Review** (1971); and Edward Greenberg and Harold Barnett, "TV Program Diversity - New Evidence and Old Theories", **American Economic Review** (1971).

11. The more narrowly one defines an industry or product, the more highly concentrated will that industry appear to be. The producers of the "Tonight Show", have a monopoly on the "Tonight Show" but not on talk shows generally and certainly not on television programming. This is not to deny that certain productions, due to their uniqueness, such as the Grey Cup game or a heavyweight title fight, may be associated with a good deal of monopoly power. See more generally Maxwell R. Conklin and Harold T. Goldstein, "Census Principles of Industry and Product Classification, Manufacturing Industries," **Business Concentration and Price Policy,** A Report of the National Bureau of Economic Research (Princeton: Princeton University Press, 1955), pp. 15-55.
12. The weakness of independent television production in Canada was discussed, above, in Chapter 3.
13. This is not to deny the origins of copyright several hundred years ago in the bestowal of monopolistic privilege. See R.J. Robert, "Canadian Copyright: Natural Property or Mere Monopoly,", **Canadian Patent Review,** Vol. 40 (2d), pp. 33-54.
14. Leonard Good, **An Economic Model of the Canadian Cable Television Industry and the Effects of CRTC Regulation,** Ph.D. thesis, University of Western Ontario, 1974, pp. 60-74; International Institute of Quantitative Economics (Concordia University), **Economic Study of the Financial and Market Characteristics of the 16 Largest CATV Companies in Canada,** report prepared for Department of Communications, 1974, pp. 35-42; Robert E. Babe, **Cable Television and Telecommunications in Canada: An Economic Analysis,** pp. 17-47; and Stuart McFadyen, Colin Hoskins and David Gillen, **Canadian Broadcasting: Market Structure and Economic Performance,** pp. 223-246.
15. See footnote 14, above.
16. McFadyen, Hoskins and Gillen, **Canadian Broadcasting,** p. 231. See, however, Leonard Good, **An Econometric Model of the Canadian Cable Television Industry and the Effects of CRTC Regulation,** p. 100, where a slightly inelastic demand is estimated. Profit maximizing monopolists will not charge prices in the inelastic region of their demand curve.
17. McFadyen, Hoskins and Gillen, **Canadian Broadcasting,** p. 231.
18. See Richard Musgrave, **The Theory of Public Finance: A Study in Political Economy** (New York: McGraw Hill 1959),

pp. 289-309. Alternatively, a unit tax per subscriber ("excise tax") could be imposed but this is held to be less efficient. See **Ibid.**, pp. 287-289, 309.

19. To the extent that any decrease in subscribers is viewed as undesirable, cable companies could maintain current rates for basic services and recover (a portion of) the tax on charges for supplementary services such as pay television, videotext services, or alarm and meter readings.
20. "We thus find ourselves in somewhat puzzling circumstances. The over-the-air television market does not charge only consumers of programs. Other segments of the community help pay program suppliers. Under the various copyright proposals discussed previously, the users of CATV are charged for their viewing of a show. Thus, over-the-air viewers are treated in a manner dissimilar to CATV viewers ... All viewers [of non-commercial television funded by voluntarily contributions] have the choice of being free riders and there is no reason why CATV viewers should not be allowed to free ride also." S.J. Liebowitz, **Copyright Obligations for Cable Television Pros and Cons** pp. 21,18.
21. See Carl Beigie, "An Economic Framework for Policy Action in Canadian Telecommunications" in H.E. English, ed., **Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government** (Toronto: Methuen, 1973), pp. 101 ff.
22. CRTC, "Public Announcement: The Improvement and Development of Canadian Broadcasting and the Extension of U.S. Television Coverage in Canada by CATV", December 3, 1969.
23. Robert E. Babe, **Cable Television and Telecommunications in Canada: An Economic Analysis**, and S.J. Liebowitz, **Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons.**
24. Stanley Besen, Willard Manning and Bridge Mitchell, "Copyright Liability for Cable Televison: Compulsory Licensing and the Coase Theorem, "**Journal of Law and Economics** 21(April, 1978), p. 86.
25. Technically, this is equivalent to perfect price discrimination whereby each purchase by each customer is segregated, charging as much as the traffic will bear on each purchase, thereby maximizing revenues. See Alfred A. Kahn, **The Economics of Regulation; Principles and Institutions, Vol. 1, Principles** (New York: Wiley 1970), pp. 131-133.

26. Compulsory carriage of Canadian programs and stations, as could be required by regulations, destroys the ethic of the market-based price determination since the Canadian stations could exact high payments due to the compulsory nature of carriage, irrespective of viewer popularity.
27. Again, if payments are based on the number and types of signals carried, the bulk of the payments could well go to U.S. stations unless discriminatory features are built into the legislation.
28. Examples include transactions with subsidiaries and affiliates, high executive salaries; rate base padding; so forth.
29. Economic Council of Canada, **Report on Intellectual and Industrial Property**, p. 176.
30. Cable companies in the absence of a CRTC order requiring the carriage of such signals, could be expected to weigh the trade-off between copyright payments incurred through carriage of such signals versus decreased subscription revenues stemming from deletion of the public broadcasting signals.
31. In one set of regression equations it is estimated that the local audience is valued at 2 1/2 times the distant (C-contour) audience. Nevertheless, in other regressions, the author finds "that distant viewers are worth more than local viewers ... This is surely a suspicious result." Liebowitz, **Copyright Obligations for Cable Television** p. 43.
32. This is not to rule out the possibility that in large metropolitan markets cable companies could not profitably segment the markets with neighbourhood advertising substitutions.
33. Alternatively, distant stations could themselves solicit local advertising and contract with cable companies for substitution. This line of argument is not pursued, however, since it is unrelated to the issue of cable copyright liability.
34. If cable companies were required simply to delete the distant signal when it carried programming transmitted nonsimultaneously but within seven days of broadcast by a local station, no copyright liability by the cable company would arise, although the blanking out of channels would cause irritation to cable subscribers. If, on the other

hand, cable companies substituted the distant broadcast of the program by running a videotape (commercials intact) of the local broadcast, the cable company would indeed be liable for copyright payment under present law and would have to negotiate with the rights holder to undertake this activity.

35. The Liebowitz study, cited earlier, largely ignored the possible differential impact of cable on American and Canadian broadcasters and restricted its concern to the net impact of cable on Canadian and American stations as a group. The Babe study did consider the impact of cable on Canadian stations alone and concluded that no deleterious financial impact could be discerned to the time of analysis (1972 data). Nonetheless, this author warned that it was likely that in the future cable television would decrease broadcast revenues for a number of reasons. See Babe, **Cable Television and Telecommunications in Canada**, pp. 208-212.
36. See table 4, Chapter 3 and the related discussion regarding the relation between program expenditures and revenues as regards public and private broadcasters.

CHAPTER 5

Cable Copyright, Cultural Policy and Broadcasting Policy

by Conrad Winn

INTRODUCTION

Questions of copyright usually have implications for culture. Copyright questions which involve cablevision most certainly have implications for broadcasting. In principle, deciding whether Canadian cable companies should pay for the right to rediffuse broadcasts should involve a consideration of Canadian cultural and broadcasting policies. Ideally, the decision to enact a rediffusion right and the decision to select one particular form of right over another should reflect the general principles guiding cultural policy in general and broadcasting policy in specific.

However, to place cable copyright in the context of Canadian cultural and broadcasting policy is not a straightforward task. The federal government's financial involvement in culture and communications is substantial. But, for reasons intrinsic to the subject, it has not always been possible for the federal government to be very clear or forthcoming about its policy goals. The federal government spends about one billion dollars annually on culture and communications when this sector is defined narrowly to include mainly the so-called cultural agencies. Among the cultural agencies, the Canadian Broadcasting Corporation is the principal recipient of financial assistance (see table 5). If culture is defined more broadly to

include religion and family life, the financial involvement of the federal government becomes even larger as a result of various tax expenditures in support of organized religion, marriage, procreation, and other aspects of family life.

TABLE 5

Selected Cultural Expenditures

of the Government of Canada

Main Estimates, 1980-82

(in millions of dollars)	1980-81	1981-82
Arts and Culture branch*	20.4	29.7
Canada Council	44.6	49.9
Canadian Broadcasting Corporation	577.4	649.4
Canadian Film Development Corporation	4.1	4.2
Department of Communications**	107.6	107.6
National Arts Centre Corporation	10.9	11.9
National Film Board	40.3	46.4
National Library	17.1	21.4
National Museums	52.4	56.1
Public Archives	23.9	29.0
Social Sciences and Humanities Research Council	41.7	45.6

* Transplanted from Department of Secretary of State to Department of Communications in 1980.
** Excludes Arts and Culture branch. See previous note.

Inspite of its substantial financial role in many facets of culture, the federal government has hesitated to identify fully its objectives and to pronounce an unambiguous policy on the subject. No minister has been assigned culture as a prime responsibility. No department has been given culture as its principal mandate. Bureaucratic authority has been vested in a small, 24-person Arts and Culture branch. Transplanted to the Department of Communications in 1980, the Arts and Culture branch was previously located in the Department of Secretary of State,

which has been a kind of residual category among federal government departments.[1]

Despite the absence of an official cultural policy, it is possible to identify one core theme in the cultural programmes of the federal government and in cabinet pronouncements. It is the encouragement of cultural expression by Canadian nationals and the encouragement of cultural activity bearing Canadian input. The goal of more Canadian content is reflected more strongly in broadcasting than in other sectors of culture. However, the goal of more Canadian content has become more salient in all aspects of cultural expression in recent years as the federal government has sought to stem the growth of centrifugal forces in Confederation.

The Keyes-Brunet proposal to provide copyright protection for broadcasts which are Canadian in origin is consistent with and supportive of the federal government's general policy goal of greater Canadian content in culture and broadcasting. The present chapter concludes that the achievement of certain Canadian cultural and broadcasting objectives would be assisted by the enactment of a rediffusion right restricted to Canadian broadcasts or by some analogue of copyright intended to provide financial encouragement for the production of Canadian programming.

Cultural policy and broadcasting policy cannot be the only criteria by which to judge whether or not a rediffusion right should be enacted and whether or not copyright protection should be restricted to Canadian broadcasts. A decision to limit protection to indigenous broadcasts could have implications for Canada-United States relations. Since Canadian copyright material in Canadian broadcasts rediffused by certain U.S. cable systems may qualify for royalties under the new U.S. **Copyright Act**, both the American broadcasting/entertainment industry and the United States government might become perturbed if Canadian copyright law did not provide reciprocal protection.[2] Anticipated American reactions to Canadian copyright policies and possible Canadian strategies are discussed below in Chapter 6 on **Copyright, Federal-Provincial Relations, and International Relations.** The extent to which Canadian copyright interests are

actually protected by U.S. legislation is examined in Chapter 7, **Administrative and Regulatory Issues.**

To return to the matter of Canadian cultural policy, it is not primarily federal government lassitude that accounts for the slow articulation of cultural objectives. The development of cultural policy has been impeded by the fact that the idea of culture is somewhat of a conundrum. For example, is culture merely the activity of professional artists, or does culture encompass all activity impacting on values, beliefs, and identity? The development of cultural policy has also been impeded by various political or religious concerns about the desirability or propriety of public support for culture. For example, is the principle of freedom of cultural expression entirely compatible with governmental encouragement of Canadian cultural expression?

The remainder of this chapter deals with the following topics, in sequence: (a) some concepts of culture, (b) impediments to the formulation of Canadian cultural policy, (c) elements of Canadian cultural policy, (d) elements of Canadian broadcasting policy, and (e) a conclusion.

SOME CONCEPTS OF CULTURE

One impediment to the enunciation of a cultural policy may well be the very divergent meanings attached to the term culture.[3] Most Canadians are probably familiar with the idea of culture as it is used to refer to the refinements of upper class living. According to this Euro-centric aristocratic tradition, culture consists only of the particular social customs, religious rituals, musical traditions, and artistic inclinations which the upper classes of Europe have succeeded in passing on from one generation to the next. In the field of music, culture would include the work of Mozart, Beethoven and other "classical" composers but it would not include jazz, rock, country and western, far Eastern, African, Jewish, or various kinds of folk music.

As a result of the democratization of Western societies in the twentieth century, the growing interdependence of the nations of the world, and as a result of the burgeoning of social science

scholarship in the universities, the idea of culture was broadened to include the beliefs and practices of all strata and indeed of all peoples. The growth of the idea that non-upper class people, non-Christians, and non-whites do have their own cultures paralleled the growth of the idea that all strata and all peoples should have the franchise and other political rights.

The growing pluralism and acceptance of other cultures may have increased the problems of the federal government in articulating a precise cultural policy for Canada. Much of the credit for recognizing that culture was not a uniquely European phenomenon must go to anthropology, which was the first scholarly discipline to venture forth to explore the cultures of non-European societies including many "primitive" tribal societies in Africa and Asia. For anthropologists, culture became an all-inclusive concept. Virtually all behaviour could be examined from the perspective of the values and beliefs of a culture. In the hands of anthropologists, culture became a language of analysis or a scientific approach for examining all social phenomena.

This all-inclusive notion of culture is reflected in the deliberations of UNESCO. At a major round-table on cultural policy, the organization went on record as refusing to define culture or cultural policy. Instead,

> It was considered preferable: (a) that "cultural policy should be taken to mean the sum total of the consious and deliberate usages, action or lack of action in a society, aimed at meeting certain cultural needs through the optimum utilization of all the physical and human resources available to that society at a given time; (b) that certain criteria for cultural development should be defined, and that culture should be linked to the fulfillment of personality and to economic and social development."[4]

In practice, the round-table went on to link cultural development to education: "literacy programmes and cultural development form an indivisible whole."

There is certainly some scientific validity to the anthropological notion that most or perhaps all social phenomena have cultural implications. With respect to government operations, for example, one could argue that the size of a defence budget reflects in part the cultural values placed on military activity by a given society. In a similar vein, one could argue that the income tax status accorded by governments to dependent children reflects the cultural values placed on child-rearing in a given society.

The difficulty posed by an all-inclusive notion of culture is not scientific but practical. If virtually all governmental activity is construed as cultural, it becomes difficult for a government to adopt a specifically cultural policy. If everything can be considered to be cultural, perhaps nothing is uniquely so.

A **semi-inclusive** notion of culture would include only those governmental activities which have a direct bearing on the expression or inculcation of values and beliefs. Such a semi-inclusive notion of culture would encompass education, religion, and mass communication along with the more traditional cultural sectors of publishing, music, the performing arts, and the visual arts. The **least inclusive** or narrowest notion of culture, European and aristocratic in its origin, would consist of highbrow publishing, music, theatre and visual arts.

From the perspective of usefulness to government, the least inclusive idea of culture has some merit. Its concern with elite culture is both its weakness and its strength. It is certainly true that governmental contributions to theatre, museums, and the visual arts subsidize primarily the well educated upper-middle income strata. Yet, these people are disproportionately important to the development of indigenous culture, to national and regional voluntary organizations, and to national identity.

From the perspective of usefulness to government, the semi-inclusive idea of culture probably has the greatest merit. It is sufficiently narrow to be workable. Yet, it is sufficiently broad to enable governments to consider the impact on values and beliefs of a reasonably wide range of government programs. The semi-inclusive idea of culture appears to be the one adopted by the current Federal Cultural Policy Review Committee chaired by Louis Applebaum:

> ...the Review Committee feels it should place some limits on the fields it will cover...Science and scientific research, insofar as they have an impact on culture, are best and most logically examined in other contexts. Sports and recreation, while clearly of a cultural nature according to some definitions, will not by and large be included in our work. Similarly, the field of formal education, except as it relates to specialized professional training of artists, is not strictly within the scope of this review. Education is, in any case, a matter of provincial competence.[5]

SOME IMPEDIMENTS TO THE FORMULATION OF CANADIAN CULTURAL POLICY

The divergent meanings attached to the concept of culture are bound to frustrate the articulation of cultural policy in many countries. But, for Canada there exist some powerful additional impediments to the formulation of policy. The following impediments will be discussed briefly: (a) the weakness of national symbolism, (b) the bicultural nature of the Canadian people and the federal organization of government, (c) the pragmatic tradition in English Canada, (d) a Puritan strain among Canadian Protestants, and (e) perceived totalitarian implications of cultural leadership by government.

There is a kind of circular or tautological relationship between the strength of national cultural symbols and the strength of national cultural policies. Proud nations have

governments which are prepared to spend the necessary resources to celebrate national accomplishments by means of monuments, museums, and other symbolic ventures. But, nations which are not self-consciously proud of their heritages have governments which feel embarassed at the thought of celebrating what they have come to view as meagre accomplishments.

According to a conventional wisdom, Canadian culture is weak and undifferentiated by international comparison. A study of Canadian cultural policy commissioned by UNESCO expressed precisely this view:

> The country has few of those national symbols, historic monuments, folk costumes, battlescars, exotic foods, celebrated personalities or distinctive artifacts which punctuate other nations and provide them with a sense of international identity.[6]

The conventional wisdom about the bland or unvital character of Canadian culture is shared by many Canadians and is therefore an important part of Canadian culture. But, as a description of cultural reality, the conventional wisdom is not entirely valid. The perception of Canadian culture as comparatively bland and indistinct depends partly on an exaggerated and sometimes fictitious portrait of foreign cultures which are not as unique and vibrant as they are portrayed. The perception of Canadian culture as relatively bland and indistinct also rests on an ignorance of the many geographic wonders, battlescars, folk costumes, and exotic foods which are plentiful outside the country's main urban centes. Finally, the perception of Canadian culture as less than vital arises from inevitable comparisons with the extraordinarily productive and prosperous cultural industries found in the United States.

The inevitable comparison between the levels of cultural activity in Canada and the United States is especially misleading because of the great size and prosperity of the American cultural marketplace. The size and wealth of the American economy goes a considerable distance to explaining the pre-eminence of the

American entertainment industry in world markets. It would be mistaken to judge Canadian cultural vitality by the standards of American performance. In broadcasting, for example, it is desirable to increase Canadian programming content. However, around the globe only three major countries - the U.S., U.S.S.R., and Japan - are self-sufficient in programming.[7] Hence, failures to increase Canadian content programming should not be taken as conclusive evidence against Canadian culture, but perhaps more as evidence against government policy under difficult economic circumstances.

Of course, the perception of Canadian culture as weak is not entirely unfounded. The museums, the publishing industry, and some other sectors have a history of underdevelopment owing to insufficient support from government and from private benefactors. For example, in 1932 a report of the Museums Association of Great Britain noted that the Canadian government did support the Public Archives, the National Parks Board and other bodies but that "less is spent on the whole group of 125 institutions than is spent upon one of the great museums of Great Britain, Germany or the United States."[8] However, the argument being made here is not primarily that the conventional wisdom of cultural weakness is completely unfounded but rather that the perception of cultural underdevelopment helps retard the development of policy.

The slow development of cultural policy is also related to some important political features of the Canadian experience, principally **biculturalism** and **federalism.** Few countries in the world have managed to survive for lengthy periods while consisting of more than one major language group or people. Canada is one of them. Still fewer have been able to articulate cultural policies which can transcend the internal boundaries separating "sub-national nations." Canadians of French and British ancestry share some common historical memories but they also have some different historical memories - about the Conquest and about intermittent conflicts over educational matters and foreign policy from Confederation to the present day.

Federalism poses a specific additional problem because education and culture are frequently seen as closely connected.

The **BNA Act** treats education as an essentially provincial matter while making no specific reference to culture. Copyright is placed under federal jurisdiction. Recent Quebec governments have claimed culture as a provincial jurisdiction partly on the grounds that education, a collateral field, is under provincial jurisdiction and partly on the grounds that only the Quebec government can be entrusted with the protection of French-language culture.[9] The different federal and provincial perspectives are explored more fully in the next chapter.

Another impediment to the development of cultural policy may be the pragmatism of English-Canada, inherited from Anglo-Saxon tradition. Pragmatism entails the incremental development of programs rather than the early proclamation of broad principles. The contrasting Anglo-Saxon and European traditions are reflected in the stances adopted by the Quebec and federal governments. The cultural policy of the Quebec government is more fulsomely documented and its guiding axioms more clearly stated. Yet, the cultural programs of the federal government are generally older, more developed, and more substantial than those of Quebec.[10]

A still further impediment to cultural policy has been a Puritanical ethos among English-speaking Protestants. The original Puritans associated the visual and performing arts with sinfulness, and some of this ethos persisted long after the end of the Puritan regime. Ostry has suggested that "this Puritan antagonism was imported into Canada and may still be one of the lingering obstacles to government support for the arts."[11]

Finally, the development of cultural policy has been impeded by the fear that government involvement in culture carried totalitarian implications. There exists in Canada a tradition of principled concern that government not interfere with or impact on the basic values of society. There has been a particular sensitivity about government involvement in culture because so many of Canada's serious domestic crises have been about education - notably, the Jesuit Estates controversy, the Manitoba Schools conflict, Ontario's "Regulation 17," and Quebec's recent rules affecting language of instruction.[12]

ELEMENTS OF CANADIAN CULTURAL POLICY

The federal government last completed a formal assessment of cultural policy in the years 1949-51 under the auspices of the Royal Commission on National Development in the Arts, Letters, and Sciences (the Massey-Levesque Commission). Major social, economic, political, and cultural changes have taken place since then. A list of these changes would have to include the arrival of new technologies such as cable television, satellite broadcasting and videodiscs, economic difficulties facing publishing and other traditional cultural sectors, provincial government involvement in culture and broadcasting, the Quebec referendum, active competition from the Quebec government for cultural leadership in the French language, the fiscal rise of the Western provinces, and the increased numbers of Canadians of non-British and non-French origin.

The Federal Cultural Policy Review Committee (the Applebaum-Hébert Committee) was created in order to fill the need for a current assessment of cultural needs. Its work is intended to assist the federal government in the preparation of a White Paper on Cultural Policy for release in 1982.

Before the White Paper becomes available, however, it is still possible to identify some basic principles governing federal cultural programs by considering the original Massey-Levesque report, the opening statement of the Applebaum-Hébert Committee, various non-governmental sources such as the A.U.C.C.'s Symons Commission and by examining the actual performance of federal programmes.[13] In practice, some of the same themes keep re-occurring.

The first principle of federal government cultural policy appears to be to encourage activities which enhance the cultural awareness and national identity of Canadians. The principle of encouraging indigenous activity is common to the cultural policies of most national governments. But, it receives a special urgency in Canada because of the salience of cultural products imported from a single foreign country and because of the growing evidence of conflicting national and regional loyalties within Canada. The Applebaum-Hébert Committee

described the principle as "the improvement of the capacity of Canadians to see and to know themselves."[14] The principle of encouraging Canadian cultural expression is manifested in such diverse ways as the broadcasting content regulations of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission and the residency requirements of the Canada Council and Social Sciences and Humanities Research Council.

The second principle which appears to characterize Canadian cultural programs is an emphasis on mass rather than elite culture. The Applebaum-Hébert Committee described the principle as the "improvement of public access to cultural activites and creations."[15] The principle of emphasizing mass culture is reflected in the government's early eagerness to become involved in broadcasting but not in other domains. The principle of emphasizing mass culture is also reflected in the much greater sums available to the CBC than to highbrow or elite institutions such as the National Museums. But, even the ostensibly elite-oriented Museums were inspired by the principle of "democratization and decentralization," to use the language of one time Secretary of State Gérard Pelletier.[16]

A third principle is to augment the economic resources available to Canadian cultural producers so that they can compete more effectively with American cultural producers. It has been assumed that the success of American cultural products in the Canadian marketplace is related to the superior technology and greater economies of scale available from the U.S. domestic market. In the words of the Applebaum-Hébert Committee, the principle entails "the strengthening of cultural institutions and industries so that they are able to contribute to Canada's cultural life."[17] In practice, the principle is reflected in diverse government initiatives such as tax expenditures in support of Canadian films, the termination of special status for the Canadian edition of **Time**, and an end to the favourable tax treatment of Canadian advertizing on U.S. border stations.

The fourth and last major principle is the principle of cultural liberty; in the words of the Applebaum-Hébert Committee, "the enhancement of opportunities for creative expression and cultural choice."[18] The principle of cultural liberty is

intended to provide consumers with freedom of choice and to provide artist/creators with independence from the whims of benefactors. In practice, most governmental grants for cultural purposes are peer-adjudicated, are virtually immune from cabinet influence, and are largely immune from bureaucratic influence. In order to provide cultural producers with alternatives to government assistance, Canadian tax laws treat favourably private benevolence for cultural purposes. Furthermore, the increasing role of provincial governments gives artist/creators one more alternative to financial aid from federal government agencies and therefore one additional source of immunity from administrative whim.

ELEMENTS OF CANADIAN BROADCASTING POLICY

The basic principles governing Canadian broadcasting policy parallel closely the principles of Canadian cultural policy. The main difference is that broadcasting policy rests on a more elaborate foundation consisting of legislation by Parliament, regulation and case law under the jurisdiction of the CRTC, and authoritative guiding statements by the Minister of Communications, the chairman of the CRTC and other spokesmen.

The first principle of encouraging Canadian cultural expression is clearly stated in the **Broadcasting Act**:

> ...the Canadian broadcasting system should be effectively owned and controlled by Canadians so as to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada.

Furthermore,

> the national broadcasting service should...contribute to the development of national unity and provide for a continuing expression of Canadian identity.

The principle of encouraging indigenous cultural expression is also reflected in the regulatory behaviour of the Commission and in the continuing statements of government spokesmen. The

federal government requires broadcasting undertakings to be owned by Canadians. The CRTC supervises this requirement and obliges both public and private broadcasters to meet certain quotas of Canadian content programming, particularly during prime time. The current chairman of the CRTC has reiterated the importance of augmenting Canadian content and has stated that broadcasters will be required to fulfill their programming obligations or risk losing their licences.[20] The Minister of Communications continues to point to the importance of Canadian content programming.[21]

The second principle of cultural policy, an emphasis on mass culture and broadcasting, is naturally reflected in commercial television broadcasting as it has evolved to date. The flavour of being oriented to the needs of the mass of Canadians is carried over into some aspects of broadcasting policy. Thus, the CRTC postponed pay-T.V. deliberations until after the Commission was able to assess the broadcasting needs of Canadians located in remote areas and having few programming options. The basic needs of all Canadians must be met before the auxiliary needs of urban dwellors are considered.[22]

The third principle of cultural policy, strengthening the economic position of Canadian producers, is reflected in various aspects of broadcasting policy. The federal government put an end to the favourable tax treatment accorded to Canadian advertising on U.S. border stations in order to stem the revenue losses facing Canadian broadcasters in adjoining locations. In a similar vein, the CRTC introduced the practice of simultaneous program substitution.[23] In its licensing deliberations, the Commission has been careful to consider questions of economic viability with respect to the creation of new broadcast outlets or with respect to changes in ownership. The Commission has been cognizant of the favourable impact on the domestic record industry of its content policy for radio. In recent months, the Commission chairman suggested a number of innovative ways by which indigenous program production might be encouraged.[24]

The fourth principle of cultural policy, cultural liberty, is also reflected in broadcasting policy. The **Broadcasting Act** declares that "the right to freedom of expression and the

right of persons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned." The **Copyright Act** is one such statute. Furthermore, the **Broadcasting Act** asserts that programming "should provide a reasonable, balanced opportunity for the expression of differing views on matters of public concern..."[25] The CRTC has taken an active interest in fairness complaints registered against broadcasters and has been favourable to the presence of competitive broadcasting in larger markets. The Commission's requirement that cable companies commit resources to a local, community channel is designed to increase the diversity in program options.[26] The Commission has also been concerned about the potential harm done to creative expression by the concentration of program production within broadcasting institutions and has encouraged a reliance on independent production, a policy which the CBC is now pursuing.

Although the principles of broadcasting policy parallel those of cultural policy, broadcasting policy has been articulated in a more elaborate fashion than has cultural policy. For example, section 3 of the **Broadcasting Act** prescribes organizational features of broadcasting and identifies the responsibilites of licensees. For example, radio frequencies are public property and broadcasting undertakings comprise a single system consisting of public and private elements. The **Act** also provides for regulation and supervision by a single independent public authority.

CONCLUSION

The Keyes-Brunet proposal to enact a rediffusion right for Canadian broadcasts flows rather directly from three principles of cultural and broadcasting policy, and potentially from all four. Principle 2, which emphasizes mass culture and broadcasting in particular, provides a context for considering the rediffusion right. If broadcasting retains its traditional primacy of importance in cultural policy, then the introduction of a rediffusion right must receive the most serious consideration.

Principle 1, the enhancement of indigenous cultural expression, is implemented in the Keyes-Brunet proposal to extend protection to Canadian broadcasts only. If the Canadian broadcasting system were not subject to regulation, the protection of Canadian broadcasts might discourage the cable carriage of Canadian broadcasts because of the added cost to cable companies implied by the copyright protection of Canadian broadcasts. But, the selection of channels carried by cable is subject to regulation. Hence, the effect of increasing revenue for the production of Canadian broadcasts would, if properly administered, improve the quality and/or quantity of Canadian broadcasts. The administration and structure of copyright payment is the subject of another chapter.

The logic of principle 3 is essentially the same as the reasoning pursued in the above paragraph. Principle 3 calls for the economic strengthening of Canadian artists/creators/producers so that they can compete more effectively in Canadian and foreign markets. If properly structured and administered, a rediffusion right for Canadian broadcasts would achieve this objective.

Principle 4 calls for freedom of cultural expression and enjoyment. Copyright payment for Canadian broadcasts would contribute to cultural liberty if greater revenues were available to independent artists/creators/producers, thereby enhancing the CRTC's policy of encouraging independent program production. Alternative mechanisms for distributing rediffusion revenue are discussed below in Chapter 7.

In summary, the Keyes-Brunet proposal is consistent with the main principles of Canadian cultural and broadcasting policies. But, the Keyes-Brunet proposal is not the only copyright proposed and copyright is not the only policy instrument capable of contributing to the cultural and broadcasting objectives of the federal government. Non-copyright instruments are discussed below in Chapter 9, **Alternatives to Copyright.**

NOTES

1. The semi-autonomous cultural agencies were simultaneously transferred from the Secretary of State to the Minister of Communications. For a discussion of some of the difficulties encountered by the Department of Secretary of State and its Arts and Culture branch in co-ordinating federal cultural policy, see Bernard Ostry, **The Cultural Connection: An Essay on Culture and Government Policy in Canada** (Toronto: McClelland and Stewart, 1978), **passim** and Conrad Winn, "Department of the Secretary of State - Potpourri or Cultural Mandate" in G. Bruce Doern, ed., **Spending Tax Dollars: Federal Expenditures, 1980-81** (Ottawa: Carleton School of Public Administration, 1980).
2. In a speech to cable executives, the CRTC Chairman "wonder[ed] aloud...at the reaction of American producers whose product you import into Canadian homes, and who see money flowing north from their copyright fund when they can't expect to receive reciprocal compensation. This doesn't mean we have to ape the American legislation. It may simply not be right in the Canadian context." Address by John Meisel to the Canadian Cable Television Association, Vancouver, 28 May, 1980.
3. See Hebert J. Gans, **Popular Culture and High Culture** (New York: Basic Books, 1975); Francis Jeanson, **L'Action culturelle dans la cité** (Paris: Editions du Seuil, 1973); Maurice Lebel, "La culture et l'humanisme de notre âge de

transition," **Revue de l'Université d'Ottawa** (oct.-déc. 1976); Louis Schneider and Charles Bonjean, eds., **The Idea of Culture in the Social Sciences** (Cambridge, 1973); J. Ben-David and Terry Nichols Clark, eds., **Culture and Its Creators: Essays in Honor of Edward Shils** (Chicago: University of Chicago Press, 1977); and John Meisel, "Political Culture and the Politics of Culture," **Canadian Journal of Political Science** (Dec., 1974).

4. UNESCO, **Cultural Policy: A Preliminary Study** (Paris: 1969), p. 8. Consider also the following all-inclusive description from Ostry, **Cultural Connection**, p. 1: Culture "is what we do and the reason why we do it, what we wish and why we imagine it, what we perceive and how we express it, how we live and in what manner we approach death. It is our environment and the patterns of our adaption to it...It is the element in which we live."
5. Federal Cultural Policy Review Committee, **Speaking of Our Culture: Discussion Guide** (Ottawa: 1980), p.5.
6. D. Paul Schafer, **Aspects of Canadian Cultural Policy** (Paris: UNESCO, 1976), p. 11.
7. Se Ithiel de Sola Pool, "Direct Broadcast Satellites and the Integrity of National Cultures" in Kaarle Nordenstreng and Herbert I. Schiller, eds., **National Sovereignty and International Communication: A Reader** (Norwood, N.J.: Ablex, 1979).
8. See Archie F. Key, **Beyond Four Walls** (Toronto: McClelland and Stewart, 1973), p. 166. The case is frequently made that foreign ownership in the Canadian economy has reduced the role of private benefaction and hence retarded the development of Canadian culture. On the enormous role of private assistance in American culture, see Charles C. Mark, **A Study of Cultural Policy in the United States** (Paris: UNESCO, 1969), pp. 39ff.
9. See Le Ministre d'Etat au Développement culturel, **La Politique québecoise du développement culturel**, 2 vols. (Québec: Editeur officiel, 1978; Department of Communications, **Toward a Quebec Communications Policy** (Quebec: Editeur officiel, 1971); **Le québec-maître d'oeuvre de la politique des communications sur son territoire** (Quebec: Editeur officiel, 1973, reprinted 1980); and the opening address by Clément Richard, Quebec Minister

of Communications, to the Conference of Ministers of Communication, Vancouver, November 26-27, 1980.

10. For some comparative federal and provincial expenditure data, see Ostry, **Cultural Connection**, pp. 113-41.
11. **Ibid.**, p. 28. Mark makes the following observation about the impact of Puritanical Protestantism on culture in nineteenth century America: "As late as the 1870's the leaders of the Baptist, Methodist and Presbyterian religions were debating the appropriateness of family recreation, not to mention theatre, dancing, or popular entertainment. In 1872, the Methodist Episcopal Convention passed by majority vote a list of 'amusements', including every form of art, that were forbidden to all Methodists." **Cultural Policy**, p. 15.
12. In its editorial of 2nd June, 1951 on the subject of the Massey Commission, the **Winnipeg Free Press** expresses some of its concern about the totalitarian implications of government involvment. A review of the bicultural cleavage in Canada appears as chapter 4 in Conrad Winn and John McMenemy, **Political Parties in Canada**.
13. T.H.B. Symons, **To Know Ourselves: The Report of the Commission on Canadian Studies**, vols. I and II (Ottawa: Association of Universities and Colleges of Canada, 1975). On scientific culture in Canada, see the Report of the Senate Special Committee on Science Policy, **A Science Policy for Canada** (known as the Lamontagne Report) and also J.J. Brown, **Ideas in Exile** (Toronto: 1967).
14. **Speaking of Our Culture**, p. 4.
15. **op.cit.**, p. 4.
16. See Ostry, **Cultural Connection**, pp. xiii and 57. One could plausibly reject the idea that federal cultural practices have emphasized mass culture or reject the idea that the national broadcasting service (i.e. CBC) is exclusively mass-oriented. However, the federal government's continued emphasis on broadcasting from its early days is unambiguous. The primacy of broadcasting in cultural priorities is important to the concluding arguments made in this chapter.
17. **Speaking of Our Culture**, p. 4.
18. **Ibid.**
19. **Broadcasting Act** 1967-68, c. 25, s. 1, Part I, 3 (b) and (g) (iv).

20. See the interview with John Meisel in **Globe and Mail**, 30th Dec., 1980.
21. See the address by the Hon. Francis Fox, Minister of Communications, "Programming and Nationhood," to the Canadian Broadcasting League, Ottawa, 6th Oct., 1980.
22. See note 20, **supra.**
23. See CRTC, "A Review of Certain Cable Television Programing Issues" (Ottawa, March 26, 1979), p. 7.
24. See John Meisel, "Five Steps to Survival," address to the York University Conference on Mass Communications and Canadian Nationhood, Toronto, April 10, 1981.
25. **op.cit.**, 3 (c).
26. See "Cable Television Regulations" and CRTC , "Policies Respecting Broadcasting Receiving Undertakings (Cable Television)" (Ottawa December 16, 1975).

CHAPTER 6

Copyright, Federal-Provincial Relations, and International Relations

by Conrad Winn

INTRODUCTION

This chapter examines federal-provincial relations and foreign relations from the perspective of cable copyright reform. In constitutional law, neither the introduction of a rediffusion right for broadcasts nor the creation of some analogue has a bearing on federal-provincial relations or international relations. In the former instance, copyright falls entirely under the jurisdiction of the federal government. Section 91 of the **British North America Act** declares that "the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated," including, in sub-section 23, "Copyrights."[1]

No constitutional provision requires the federal government to consult with provincial governments on matters of copyright. Nor is there any body of case law to encourage federal-provincial consultation on this subject. Insofar as a rediffusion right would concern the domain of broadcasting, federal inititive is not constrained for the reason that broadcasting also falls under federal jurisdiction.

Although the federal government is not obliged to solicit or accommodate the views of provincial governments, it may nonetheless be fruitful to consider the benefits and costs of intergovernmental consultation. At the highest level of abstraction, the federal government's attitude toward the provinces on cable copyright might reflect the federal government's general policy on consulting provincial governments in matters of exclusive federal competence. At a lower level of abstraction, the federal government may consider to what extent a policy of consulting the provinces on cable would be consistent with future directions in the allocation of authority over communications. A decision to involve the provinces in cable copyright policy may also depend on a judgement about the feasibility of reconciling federal and provincial interests and an assessment of the relative import of cable copyright as opposed to other matters in the view of provincial governments.

The desirability of involving the provinces in copyright policy must also be balanced against the urgent need for reform to the **Copyright Act.** Modernizing the law ought to receive the priority consideration it appears to be receiving in view of the enormous technological changes which have been taken place in the culture and information industries.

The introduction of a rediffusion right for broadcasts has implications for foreign relations similar to those for federal-provincial relations. In law, adopting a rediffusion right is of no concern to other countries for the simple reason that Canada has no treaty obligations with respect to rediffusion policy. As the Keyes-Brunet report observed with clarity, Canada is obliged only to provide protection in specific ways for works identified in the Rome (1928) text of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works and not for works identified in later texts, which Canada did not sign. Canada's legal obligations do not require the protection of broadcasts or of sound recordings, performances, and other phenomena. Keyes-Brunet conclude that

> this makes it possible, in domestic copyright law, to distinguish convention and non-convention subject matter, as has

> been done in the United Kingdom and Australia. If it is considered desirable that protection be accorded non-convention materials, that protection could either be limited to Canadian interests, or extended to other countries on a bilateral reciprocal basis.[2]

The legal principle that Canada is entirely free to chart its own policy for rediffusion rights must be tempered by the political reality that different rediffusion policies may elicit different responses from foreign governments. At the highest level of abstraction, the federal government may consider how alternative rediffusion policies would affect Canada's traditional foreign policy of promoting the observance of equitable international rules of conduct as a means of encouraging the peaceful resolution of international differences. At a lower level of abstraction, the federal government may consider the extent to which different rediffusion policies conform to Canada's objectives of diminishing barriers to international trade. For Canada as well as other countries active in GATT[3] negotiations, reducing the barriers to trade is seen as providing economic efficiency through international specialization as well as preventing war through economic inter-dependence.

At lower levels of abstraction, the federal government may consider its general policy on the acquisition of international copyright obligations. The federal government may likewise consider the possible response of the United States to alternative rediffusion policies and ways of coping with such responses. United States attitudes are particularly important because the new U.S. **Copyright Act** provides protection for copyright material in broadcasts, including specified Canadian broadcasts. American cable companies have already made payment for the right to rediffuse broadcasts, and the fees to the Canadian Broadcasting Corporation under this act may amount to approximately $60,000 for the first semi-annual period under the **Act**. In view of its own new rediffusion policy, the U.S. government may have some expectations about the appropriate rediffusion policy for Canada to adopt.[4]

Apart from their bilateral, foreign policy implications, copyright practices in the United States hold some intrinsic interest for Canadian policy-makers as a potential model to be emulated or avoided. Just as our neighbour's earlier experiences with political independence and federalism influenced the thinking of the fathers of Confederation, the experiences of Americans with their new rediffusion policy are bound to figure in the minds of Canadian policy-makers as they contemplate a policy for Canada.

Some of the implications for Canada-U.S. relations of the new U.S. **Copyright Act** are explored in this chapter. The domestic or within-nation lessons to be learned from American copyright experience are pursued mainly in chapter 7, devoted to **Administrative and Regulatory Issues.** Chapter 7 also has a bearing on foreign policy to the extent that the administrative details of the U.S. copyright scheme treat Canadian interests favourably or unfavourably.

The sections that follow are concerned with Federal Strategy in Federal-Provincial Relations, Provincial Views on Cable Copyright, Canadian Self-Interest and Multilateral Principles, and Canadian Self-Interest and Bilateral Realities.

FEDERAL STRATEGY IN FEDERAL-PROVINCIAL RELATIONS

As organizations grow in size, they become more difficult to coordinate, and the federal government is no exception. In practice, the decision by any Department to consult provincial governments on a particular matter tends to depend more on the specifics of the matter and on the outlook of the responsible Minister and his officials rather than on grand principles intended to guide federal interactions with the provinces. However, in the best of all possible worlds, a decision to elicit or accommodate provincial views should reflect federal policy on relations between the two levels of government.

Provincial governments have often decried federal policies which are thought to be insensitive to regional differences or which apparently do not consider the various economic and social objectives of individual provincial governments. Provincial

leaders have sometimes complained of learning from the daily press of new federal programs which would impact dramatically on the budgets and programs of their own provincial governments.[5] A number of provinces have condemned what they consider to be constitutionally improper interventions in provincial domains -- "intrusions," to use the catchword of the day. According to one provincial viewpoint, if only federal intrusions were kept to a minimum and if only federal and provincial roles were disentangled, there would be far less reason for federal and provincial governments to be in conflict.

The annual reports of the Western Premiers' Task Force have given considerable attention to the issue of intrusions. For example, the 1979 Task Force report discussed 57 intrusions in detail, including aspects of the 1977 **Bank Act**, education, and culture, communications, and referendum legislation. A summary table assigned each of the apparent intrusions to one of four categories: "agreed resolved," "agreed acceptable for now," "continued consultation required," and "basic federal-provincial differences."[6] Seven of the eight items under the rubric of "housing, urban affairs, and land use" were resolved satisfactorily. As the report observed with respect to land policy, "the demise of the Ministry of State for Urban Affairs is expected to result in a less aggressive interest by the federal government in urban land development."[7] All seven issues in communications apparently required continued consultation.

The Western Premiers did not publish a report in 1980, partly because of a sense of diminished urgency about the need for eliminating intrusions. Many intrusions had already been disposed of at federal-provincial talks. In **A Time for Action**, a major statement on federalism published in 1978, the federal government had pledged to work with the provinces in order

> to eliminate wasteful duplication of legislation, regulation, policies, programs, or services, and generally to make the effective provision of services by government less costly.[8]

A working group on duplication had been established in the Federal-Provincial Relations Office, a cabinet secretariat.

The federal government accepted in part the provincial viewpoint that federal and provincial roles should be disentangled. If the disentanglement thesis were fully accepted by the federal government, it might follow that provinces should not be consulted at all on the question of cable copyright on the grounds that copyright falls under exclusive federal jurisdiction.

However, Ottawa did not fully accept the disentanglement thesis, and for good reason. The **BNA Act** may assign exclusive powers in one field or another to one level of government or the other. But, in the real world, ostensibly exclusive powers can impinge dramatically on the programs of the other level of government. Consequently, the federal government expressed a general desire to consult provincial governments on intended federal policies, even in some instances of exclusive federal jurisdiction. In **A Time for Action,** Ottawa indicated that it would

> take deliberate steps to...[take] fully into account the constitutional responsibilities and priorities of provincial governments, by consulting the provinces when preparing a program that is in an area of shared jurisdiction, or that could have a significant effect - financial or other - on an area of provincial responsibility or an activity within that area.[9]

Consulting the provinces on copyright could be appropriate if the impact of copyright law on provincial activities were thought to be significant. Though copyright and broadcasting are federal responsibilities, copyright may have implications for provincial cultural policies. Copyright may be of interest to those provinces which have attempted to spur indigenous cultural activity as well as to those provinces which operate telephone or cable companies.

It may also be appropriate to consult the provinces in view of the federal government's apparent willingness, expressed in 1980, to satisfy some provincial desires for the devolution of some authority over communciation. At the September, 1980 Conference of First Ministers, the Prime Minister offered to share responsibility for cable. In particular, he proposed

> to transfer to the provinces authority to determine franchise areas and issue licences; to set subscription rates; to authorize and regulate community, instructional, and pay-tv within the province and related advertising; to regulate the two-way use of cable for business purposes and access to information banks; and to authorize and regulate fire alarm, burglar alarm, and other security services.[10]

Under this proposal, the federal government would apparently retain control over network television, satellite broadcasting, and cable undertakings involving more than one province. Furthermore, Parliament would determine the basic national program service required in cable service. Even if the provinces eventually receive much less authority over cable than proposed by the Prime Minister in fall, 1980, provincial involvement would still be significant.

PROVINCIAL VIEWS ON CABLE COPYRIGHT

One configuration of provincial government views which might make consultation with the provinces inadvisable would be unanimous opposition to intended federal action. Where provincial opposition is united, it might not be in the federal government's interest to increase its interactions with provincial governments. Indeed, where the two levels of government are implacably opposed and neither viewpoint is unequivocally preferable, it might not be in the interest of the country as a whole to encourage inter-governmental interaction.

However, where provincial views are heterogeneous and/or inchoate, consultation can be helpful. One obvious benefit is that the federal government may learn of options or approaches which were inadvertently given short shrift in deliberations within its own internal policy process. When provinces are divided among themselves, federal officials can attempt to mitigate provincial disappointments with federal policy by showing the extent to which federal policy attempts to reconcile inter-provincial differences. When provincial views are inchoate, the federal government can use consultation to stimulate greater provincial interest and cooperation in the pertinent domain.

Provincial positions on cable copyright tend to be inchoate and divided. A majority of the provincial governments consulted by us reported that their positions on cable copyright were not yet developed. Two provinces, Manitoba and Quebec, did appear to have views. Manitoba is apparently opposed to the introduction of a rediffusion right, partly on the grounds that cable companies do not necessarily harm broadcasters and partly on the grounds that broadcasting objectives such as greater Canadian content can be achieved by means other than copyright.[11]

The Quebec government has apparently not expressed an official position on rediffusion rights. But, its strong commitment to authors' and creators' rights suggests that this province would be well disposed to a compulsory licensing scheme or other copyright provisions which sought to enhance the financial and non-financial position of the creators of indigenous broadcasts. In recent months, the Quebec government published a scathing indictment of Canadian copyright policy, denouncing the federal government for leaving huge gaps in copyright protection and for treating lightly the need to encourage cultural activity.[12] In the words of the Quebec Minister of Cultural and Scientific Development, culture and copyright are important concerns because "a society which respects itself and aspires to the respect of others gives its creators their just desert."[13]

Quebec's indictment of federal copyright policy not only condemns inaction but it also condemns the federal government's philosophic approach to copyright:

> Up to the present time, the rights of some [eg. creators] or of others [eg. consumers] were portrayed too much in terms of conflict, as if to respect one side led inevitably to misapprehension by the other side. The reality to understand and to encourage others to understand is completely different. It is advantageous for the collectivity and for cultural democracy that creators be well cared for. "Author's rights" and "democracy" are not contradictory concepts.[14]

Quebec's statement on copyright makes no reference to a rediffusion right. However, the statement expresses strong support for a panoply of moral and financial rights for creators. The statement argues in favour of a kind of compulsory licensing scheme in photocopying while the government itself has already begun implementing an exhibition right for artists. The views and actions of the government in Quebec City suggest a philosophy of copyright which would view a rediffusion right in a favourable light.

Among the 11 federal and provincial governments in this country, Quebec is not the leading financial supporter of cultural activity. The programs of the federal government are the most developed and best funded, and Ontario compares favourably as well. But, the public statements of the Quebec government reveal a great awareness of the significance of cultural activity for collective identity, collective self-esteem, and collective self-assertion. Successive Quebec governments have been conscious of the value of collective identity and self-assertion as a resource in external relations. By contrast, the English speaking provinces and the federal government have tended to view culture as auxiliary or superfluous rather than as an essential consideration in collective economic and political action.[15] Federal-provincial consultation on copyright might encourage a fruitful exchange of views on the broad purposes to which copyright can be put.

CANADIAN SELF-INTEREST AND MULTILATERAL PRINCIPLES

In the era after Freud, it may no longer be proper to distinguish sharply between consious intention and unconscious action. By the same token, it may no longer be realistic to distinguish sharply between self-interest and altruism. When nation-states sacrifice short-term self-interest in order to observe international rules of conduct, these actions are customarily termed altruistic. But, the observance of international codes of conduct can also be interpreted as an expression of long-term self-interest. In the nuclear age, nations benefit from predictable, orderly conduct; the risks associated with disorder are potentially cataclysmic.

Canadian foreign policy has historically included a sense of long-term interest, including a commitment to international order which might be perceived by short-term thinkers as being solely altruistic. Examples of Canadian commitment to long-term international order might include her early entry into World War II, the decision not to develop nuclear forces, the provision of international peace-keeping troops, support for multi-lateral development assistance, reservations about U.S. involvement in Viet-Nam, support for Israel's right to exist, opposition to apartheid in South Africa, and the normalization of relations with the People's Republic of China.

Canadian copyright policy displays a mix of short-term and long-term considerations. A good case could be made that Canada's adherence to the Rome Text of the Berne Convention was harmful to Canadian national interest, in the short-term sense of interest. As a mammoth net importer of copyright material, it is not in Canada's immediate economic interest to incur international commitments for the protection of such material. Following the Economic Council of Canada's important statement on this matter, it has become a conventional wisdom that Canada exercise caution in increasing its international legal obligations for copyright protection.[16]

The Keyes-Brunet recommendation that only Canadian broadcasts be protected could provide additional revenue for indigenous programming without aggravating the Canadian balance-of-payments position in copyright material. From a multilateral perspective,

it is important to consider whether the Keyes-Brunet proposal is consistent with Canada's international obligations in copyright, with Canada's obligations under GATT, and with Canada's traditional foreign policy commitment to the orderly development of relations in the world community.

When **Copyright in Canada** appeared in 1977, the Keyes-Brunet idea of distinguishing between convention and non-convention material caused a minor sensation. Prior to 1977, the potential practical significance of the distinction may not have been fully appreciated by all those who had an interest in the development of Canadian copyright policy. The convention/non-convention distinction is now almost conventional wisdom, having received the approbation of the Canadian Bar Association and of non-Canadian authority on the subject.[17] The federal government is entitled to extend copyright protection to broadcasts which are Canadian and to other Canadian cultural products which are not subject to the particular copyright conventions to which Canada has acceded.

Canada's policy on rediffusion rights must not only take into consideration treaty obligations in copyright but it must also take into consideration general treaty obligations in economic matters. In practice, GATT, whose central purpose is to reduce tariff and non-tariff barriers to trade, constitutes the most significant set of principles governing commerce in the international community. Article I of the General Agreement, "General Most-Favoured-Nation Treatment," provides for all GATT members to be treated alike. Many of the Agreement's remaining articles prohibit specific ways of impeding imports or identify methods of recourse available to countries whose economies have been damaged by conduct forbidden under GATT rules.

Member countries are forbidden to impede imports by means of internal taxes and regulation (article III), discriminatory transit costs (article V), customs valuations based on non-economic considerations (article VII), quotas and licences (article XI), and subsidies for domestic products (article XVI). Other articles in the Agreement authorize various forms of recourse, including suspension of GATT benefits to an offending country.

By definition, the Keyes-Brunet proposal to provide a rediffusion right for Canadian broadcasts entails a distinction between indigenous and foreign broadcasts. An interested foreign country, in practice the United States, might attempt to employ GATT principles as a means of opposing a Keyes-Brunet-type policy. But, opponents of the Keyes-Brunet proposal can receive little comfort from GATT because the General Agreement provides significant exemptions for cultural products. Article III:10 stipulates that "the provision of this article shall not prevent any contracting party from establishing or maintaining internal quantitative regulations relating to exposed cinematograph films and meeting the requirements of Article IV." Article IV asserts that films may be protected by means of quotas measured in terms of screen time per theatre per year. Article XX, devoted to general exemptions, permits nations to introduce discriminatory or protectionist measures if these are necessary "to protect public morals," "to protect human...health," or "for the protection of national treasures of artistic or archaeological value."

The fact that the General Agreement permits exceptions for several cultural products suggests that culture, to the extent that it was at all considered by the drafters of GATT, was viewed as a special phenomenon, different from other goods and services traded between countries. Whether or not GATT should be interpreted as providing a blanket exemption for cultural products, the United States seems to have implicitly accepted this view in the past. When Canada needed to justify the CRTC Canadian content quota in the face of U.S. complaint, the federal government argued that quotas are a cultural matter and therefore that GATT's prohibitions did not apply. Either the United States was satisfied with the response or chose to bow to the inevitable because the U.S. apparently took no further action.

The CRTC Canadian content quotas may constitute a more serious form of economic discrimination than would the Keyes-Brunet rediffusion right. A cogent argument could be made that restricting a rediffusion right to Canadian broadcasts would be a form of compensation for the higher costs imposed on Canadian broadcasters and therefore on creators by obedience to CRTC regulation. It would be more difficult to make an argument based on economic equity to justify Canadian content quotas.

While the Keyes-Brunet rediffusion right would be permissable under Canada's international copyright obligations and may well be permissable under GATT, it remains to determine whether discriminating in favour of Canadian broadcasts would be consistent with Canada's long-term interest in the development of international codes of conduct. If cultural products are fully subject to international substitution like ordinary consumer goods, all forms of cultural protectionism would be incompatible with Canada's commitment to greater economic and political inter-dependence in the community of nations. However, culture ought not to be subject to rules of international efficiency. All countries, and especially the small, need to encourage indigenous self-expression for their own sense of collective well-being. Hence, the Keyes-Brunet proposal would not be inconsistent with Canada's traditional commitment to international order and economic integration.

CANADIAN SELF-INTEREST AND BILATERAL REALITIES

Canada and the United States may each appeal to GATT principles, to international copyright principles, or to other ideals to justify their respective bargaining positions in bilateral talks. But, in practice the two countries are so closely integrated that their mutual behaviour is more likely to be motivated by specifically bilateral experiences than by multilateral considerations. In particular, the inclusion in the new U.S. **Copyright Act** of a scheme of compulsory licensing for the rediffusion of broadcasts by cable is an important element in Canada-U.S. relations. In what may be viewed as a kind of "loss leader," Congress unilaterally provided legal protection for copyright material in Canadian broadcasts carried by some U.S. cable companies. The Canadian Broadcasting Corporation, the only Canadian claimant under the U.S. law, anticipates receiving approximately $60,000 in rediffusion payments for the first six months of 1978.[18] The American entertainment industry undoubtedly expects Canadian copyright law to provide reciprocal protection.[19]

In one extreme scenario, the U.S. government could undertake a reprisal if U.S. broadcasts in Canada are not granted the same protection in Canadian copyright law which Canadian broadcasts

are thought to receive in U.S. law. In the recent past, the United States responded to Canada's decision to remove the tax deductible status of Canadian advertising on U.S. border stations by removing the tax deductible status, until recently, of American business conventions held in Canada.

Canadian attitudes towards the bilateral relationship with the United States have tended to be polarized between those people who feared the consequences of any conflict and those who saw no risk at all in conflict. Any conflict with the United States entails some potential cost, but it is possible to consider rationally some of the factors which may influence the outcome of a dispute.

It would not be an easy task to construct a Canadian copyright scheme to provide U.S. interests with the same protection as that enjoyed by Canadian interests in the United States. Insuring parity or equivalence would be difficult because of the ambiguity and complexity of the U.S. scheme of compulsory licensing for rediffusion. According to one principle of fairplay, the United States scheme is equitable and generous. Specified U.S. cable companies must pay for the right to rediffuse copyright material in Canadian broadcasts although Canadian cable companies are not obliged to pay anything to rediffuse U.S. broadcasts. However, according to another principle of fairplay, the U.S. scheme is structurally discriminatory against Canada. The **national treatment** provision of the Universal Copyright Convention (UCC), to which Canada and the United States belong, requires members to treat the copyright material of all other UCC members on an equal basis. Yet, the U.S. selectively imposes compulsory licensing on rediffused broadcasts from Canada (and Mexico) while permitting free market negotiations in the case of other foreign rediffused broadcasts.

The principles embodied in U.S. copyright legislation may be less important to Canada than the actual financial consequences of the legislation as it is administered in practice. Chapter 6, **Administrative and Regulatory Issues**, examines in some detail the implementation of the compulsory licensing scheme for rediffusion established under the U.S. **Act**, and concludes that the American administrative practices may not be favourable to Canadian interests.

The fact that the U.S. licensing scheme may or may not be equitable for Canada in principle and may be discriminatory in administrative practice makes more complicated the task of identifying alternative courses of action for Canada. If the U.S. law were unequivocally equitable or unequivocally discriminatory, then Canada could opt for a correspondingly equitable or discriminatory law or attempt to negotiate a mutually satisfactory solution. However, the fact that the U.S. scheme may carry an appearance of fairplay while being discriminatory in implementation suggests the desirability of considering a variety of sophisticated copyright options.

Four phenomena are likely to influence the U.S. response to Canadian protectionism in cultural policy: (a) the increasing difficulty experienced by the U.S. in securing compliance around the globe, (b) the relative importance of rediffusion rights as compared to energy, water, and other items of bilateral interest, (c) whether the threat to U.S. income is immediate or potential, and (d) the will or determination of the Canadian government to assert its views in the cultural domain. The first two phenomena are beyond the control of the Canadian government, but they do imply that it is becoming easier for Canada to adopt cultural policies at variance with U.S. interests. As Washington becomes more absorbed with problems around the world, as it becomes concerned with continental matters more urgent than culture, it is less likely to react to Canadian protectionist measures in culture and broadcasting.

American reaction to a protectionist rediffusion right is likely to be less vigorous than American reaction to the termination of tax deductibility for advertising on U.S. border stations. The threat to border advertising posed by change in Canadian tax law was serious because it entailed a loss in immediate income for U.S. border broadcasters. By contrast, a rediffusion right limited to Canadian broadcasts involves the loss of potential income. The lost income would be very potential because U.S. authorities could never be certain whether the alternative to a Keyes-Brunet right was a non-discriminatory right or no right at all.

If the Canadian government asserted progressively more strongly a protectionist policy for culture, it would likely

encounter less and less resistance. It is certainly true that broadcasters, especially border broadcasters, are influential, indeed disproportionately so, in the American political system. The vigorous reaction of the United States to previous economic threats to border broadcasters is explained by the influence of these broadcasters rather than by the importance of their plight to American national interest. However, small influential interest groups exercise their maximum influence on issues which do not involve high public salience. Once an issue becomes salient on a public agenda, pressure group influence tends to be supplanted by calculations of national interest. By any calculation, there exist at least half a dozen continental issues more important to the United States than the absence of income from potential rediffusion rights in Canada.

An American response might be attenuated if Canada opted for an analogue of the Keyes-Brunet proposal (i.e. outside copyright law) or the copyright liability model recommended by the Economic Council **Report on Intellectual and Industrial Property.** As noted above in Chapter 4, the Economic Council recommended that copyright protection be provided to non-commercial broadcasters. A right of this kind would provide financial benefits to provincially owned networks, to the CBC for the non-commercial portion of its schedule, and to U.S. public television. Under this proposal, copyright payments would be largely retained within Canada but would not be based on protectionist criteria.

CONCLUSION

The chapter began by noting that the federal government's publicly stated strategy for conducting federal-provincial relations recognized the benefits to be had from consulting the provinces in areas of exclusive federal jurisdiction. The federal government recognized that legal notions of exclusivity did not conform to the reality of overlap in almost every domain of government activity.

From consulting the provinces, the federal government may gain an opportunity to be exposed to new ideas, an opportunity to increase the salience of culture in the minds of provincial governments, and an opportunity to concert federal and provincial

activity in support of indigenous culture. The federal government could gain an opportunity to show that federal-provincial differences with respect to the substance of policy reflect real inter-provincial and inter-regional differences rather than the malevolence or incompetence attributed to Ottawa by some provincial spokesmen.

We are not suggesting that all federal-provincial consultation should be assymetrical with the federal government consulting the provinces and not vice-versa. Consultation happens to be assymetrical in the particular case of a rediffusion right because jurisdiction over copyright and broadcasting is solely federal while jurisdiction over cable is substantially federal.

The federal government already does satisfy the important minimum conditions necessary for consultation, namely that its policy process is open. The Department of Consumer and Corporate Affairs has for years made public various research studies on copyright and has welcomed briefs from artists, performing rights societies, broadcasters and other interested parties. In July, 1981, the Department of Communications publicly established a task force on copyright law and culture. The relatively open, public nature of copyright deliberations within the federal government facilitates representation by all Canadians, including provincial governments.

The present chapter considered foreign policy from a multilateral perspective. The chapter concluded that a protectionist rediffusion right of the kind recommended by Keyes-Brunet would be allowable under Canada's treaty obligations with respect to copyright and would be substantially allowable under Canada's GATT obligations. It was also argued that protectionist policies in culture would not be inconsistent with Canada's traditional foreign policy commitment to order and codes of conduct in the international community.

Finally, the chapter considered foreign policy aspects of the rediffusion right from a bilateral perspective. Several factors suggest that United States reaction to a Keyes-Brunet-type rediffusion right could be less vigorous than past reaction to

the fiscal discouragement of Canadian advertising on U.S. border stations. First, the United States has many concerns more important than rediffusion payments, including energy, water and other continental agreements. Secondly, the normally considerable influence in Congress of U.S. broadcasters as an interest group may recede if Canada asserts more strongly protectionist cultural policies. If Canada-U.S. conflict over cultural policy becomes more salient, the U.S. responses will be determined less by pressure group influence and more by rational calculations of U.S. national interest. Other continental issues are more important to the U.S. national interest. Thirdly, American reaction to a Keyes-Brunet rediffusion right would likely be less vigorous than has been U.S. reaction to the discouragement of border advertising because the Keyes-Brunet proposal entails a loss of potential, hypothetical or even illusory income to U.S. copyright owners while Canadian tax policy actually did harm to the real, current income of border broadcasters. After all, Canada could conceivably enact no rediffusion right at all.

The Canadian government could attempt to reduce the likelihood of difficulties with the United States by adopting a rediffusion right analogue outside copyright law such as a system of grants. Alternatively, the federal government could adopt a copyright liability model which, though not formally protectionist, does in practice retain most copyright payments in this country. The Economic Council proposal to protect only non-commercial broadcasters would serve such a purpose.

Until this point, our concern was to examine the multilateral and bilateral implications of establishing a right for Canadian broadcasts in the form of a compulsory licensing scheme or other statutory requirement for payment by cable companies. The objective of requiring payment by cable companies is at the core of the U.S. **Copyright Act** and the Keyes-Brunet proposal. The Keyes-Brunet proposal differs from the U.S. copyright law in that the U.S. law authorizes payment to copyright holders whereas Keyes-Brunet propose payment to broadcasters (and only those which are Canadian). Whether broadcasters or copyright holders are to receive payment does not have many foreign policy implications. But, these few foreign policy implications are discussed below in Chapter 10, **Conclusions and Recommendations.**

The broadcast material for which a right is to be granted may have substantial foreign policy and domestic implications. Keyes-Brunet recommend "that Canadian broadcasters be granted a right to authorize simultaneous rediffusion of **their Canadian broadcasts.**"[20] If the phrase, "their Canadian broadcasts" is taken to mean "their Canadian content broadcasts," then little in the preceding analysis of foreign policy implications needs to be changed.

However, if the phrase, "their Canadian broadcasts", is taken to mean "broadcasts in Canada of material for which they hold exclusive Canadian rights," the Keyes-Brunet proposal may be interpreted as providing for the non-simultaneous substitution of broadcasts. Akin to simultaneous substitution as authorized by the CRTC, non-simultaneous substitution would authorize cable companies to substitute on an American channel a Canadian broadcaster's version of an American program for which the Canadian broadcaster had acquired sole Canadian rights. For example, if a Canadian broadcaster and a U.S. border broadcaster both carried an episode in the **All in the Family** series within, say, a 7-day period, and if the Canadian broadcaster could demonstrate that he owned the exclusive Canadian rights to the episode, the cable company would be authorized to delete the American version or substitute the Canadian version on that channel. Non-simultaneous substitution could also be used between domestic markets within Canada where a local broadcaster could show that he owned the local rights.

Non-simultaneous substitution would help Canadian broadcasters substantially by increasing their audiences while doing harm to U.S. border stations. Because of the anticipated harm to border stations, the U.S. government may be expected to react strongly. However, two factors may attenuate the U.S. response. First, not all U.S. interest groups would stand to lose. Owners of U.S. programs may expect increased revenue from sales to Canadian broadcasters as a result of the increased audiences available to Canadian broadcasters. Meanwhile, revenue to U.S. program owners from border broadcasters would not decline because program sale prices to border broadcasters are based on the size of indigenous local U.S. markets. Secondly, the U.S. would not have a strong moral-legal basis for protest because the

practice of non-simultaneous substitution flows from the internationally recognized copyright principle that rights can be sub-divided nationally and regionally.

NOTES

1. A useful consolidation of the **British North America Acts** appears as an appendix in Richard J. Van Loon and Michael S. Whittington, **The Canadian Political System** (Toronto: McGraw Hill Ryerson, various dates and editions).
2. A.A. Keyes and C. Brunet, **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law** (Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1977), p. 21.
3. The General Agreement on Trade and Tariffs.
4. On this point, see the address by John Meisel, CRTC Chairman, to the Canadian Cable Television Association, Vancouver, 28th May, 1980. Chapter 7, **Administrative and Regulatory Issues,** below argues that Canadian copyright interests may have suffered under the actual administration of the U.S. licensing scheme.
5. The scholarly literature on federal-provincial relations, irritations, and disputations is increasing. Some recent examples include R.B. Byers and Robert W. Reford, eds., **Canada Challenged: The Viability of Confederation** (Toronto: Canadian Institute of International Affairs, 1979), Garth Stevenson, **Unfulfilled Union** (Toronto: Macmillan, 1979), Douglas Auld **et al, Canadian Confederation at the Crossroads** (Vancouver: Fraser Institute, 1978), and Gil Rémillard, **Le Pédéralisme Canadien** (Montréal: Québec/ Amérique, 1980).

6. Western Premiers' Task Force on Constitutional Trends, **Third Report** (March, 1979), under the chairmanship of the Hon. K. Rafe Mair, pp. 44-45. See also the **Second Report** (April, 1978) and **Western Trade Objectives,** Western Premiers' Conference Position Paper, April, 1978.
7. p. 22.
8. The Right Honourable Pierre Elliott Trudeau, **A Time for Action: Toward the Renewal of the Canadian Federation** (Ottawa: Supply and Services, 1978), p. 17.
9. p. 17. The federal government also observed that "where a government gives an opportunity to the other governments to comment on proposed legislation, policy or programs and where it pays attention to their comments -- without necessarily accepting them fully--the action that government eventually takes is likely to prove more effective..." p. 15.
10. "Notes for a Statement by the Prime Minister of Canada on Communications," Federal-Provincial Conference of First Ministers on the Constitution, Ottawa, September 8-12, 1980, pp. 3-4, document 800-14/309.
11. Conversation with Doug Smith, Assistant Deputy Minister, Communications, Department of Consumer, Corporate and Internal Services, Government of Manitoba, December, 1980. For a general provincial view of cable, see "Consensus Position of Provincial Governments regarding the Report of the [CRTC] Committee on the Extension of Service..." (November 28, 1980).
12. Gouvernement du Québec, Développement culturel et scientifique, **La Juste Parte des Créateurs: pour une amélioration du statut socio-économique des créateurs québecois** (Québec: 1980).
13. **Ibid.** p. vi. Our translation.
14. **Ibid.**, p. 41. Our translation. The French text reads: "Jusqu'ici, les droits des uns et des autres se sont trop exprimés en termes de conflit, comme si le respect des uns conduisait fatalement au mépris des autres. La réalité à saisir et à fair comprendre est tout autre. Il est avantageux pour la collectivité et pour la démocratie culturelle que les créateurs soient bien traités. Droit d'auteur et démocratie ne sont pas des concepts contradictoires."

15. For official views of Quebec cultural and communications policy, see Le Ministre d'Etat au Développement culturel, **La Politique québecoise du développement culturel**, 2 vols (Québec: Editeur officiel, 1978); Department of Communications, **Toward a Quebec Communications Policy** (Québec: Editeur officiel, 1971); **Le Québec - maître d'oeuvre de la politique des communications sur son territoire** (Quebec: Editeur officiel, 1973, reprinted 1980); and the opening address by Clément Richard, Quebec Minister of Communications, to the Conference of Ministers of Communication, Vancouver, November 26-27, 1980. For the argument that culture is often viewed as auxiliary or superfluous to the main activities of the federal government, see Bernard Ostry, **The Cultural Connection: An Essay on Culture and Government Policy in Canada** (Toronto: McClelland and Stewart, 1978).
16. Economic Council of Canada, **Report on Intellectual and Industrial Property** (Ottawa: Information Canada, January, 1971).
17. See the CBA brief to Consumer and Corporate Affairs, filed November 30, 1979, pp. 7-13 and James Lahore, **Copyright** (Sydney, Australia: Butterworths, 1977). Former Counsellor to the World Intellectual Property Organization, Lahore observes categorically that "neither the Berne Convention nor the Universal Copyright Convention recognized a copyright in television and sound broadcasts." (p. 15). Papers prepared by Barry Torno for Consumer and Corporate Affairs provide a contrary view. See Conrad Winn, "Department of Secretary of State - Potpourri or Cultural Mandate," in G. Bruce Doern, ed. **Spending Tax Dollars** (Ottawa: Carleton School of Public Administration, 1980), p. 162, n. 14.
18. U.S. copyright practices are discussed, below, in Chapter 7, **Administrative and Regulatory Issues.**
19. On this point, see the address by John Meisel to the Canadian Cable Television Association, Vancouver, 28t May, 1980.
20. **Copyright in Canada**, p. 144. Emphasis added.

CHAPTER 7

Administrative and Regulatory Issues

by Conrad Winn

INTRODUCTION

In contrast to the philosophical and legal thought of continental Europe, Anglo-Saxon pragmatism and the common law tradition have seen a great value in informality, flexibility, and even in imprecision. The political history of Great Britain, the world's oldest surviving democracy, provides evidence in favour of pragmatism and flexibility, given certain deeply seated principles of justice. In Britain, governmental and nongovernmental organizations obey long cherished rules of fair political conduct while operating within the framework of a constitution which is not even written.

By its nature, copyright law is written. By its nature, a compulsory licensing scheme in copyright must be identified explicitly in written law, if not necessarily fully described. Moreover, the recent American experience with compulsory licensing in rediffusion suggests that statutory provisions for compulsory licensing should be formal, clear, unambiguous, and detailed. Little should be left to delegation. The U.S. **Copyright Act** of 1976 provides a relatively clear and detailed description of how royalties are to be generated. The legislation contains an explicit timetable as well as an explicit formula by which cable systems must calculate the sums they

should deposit with the Register of Copyrights. Larger cable systems must calculate their royalty obligations according to their gross revenues and carriage. Considering that the licensing scheme was introduced only recently, comparatively few problems have been experienced with respect to the generation or payment of royalties by cable systems to the Register of Copyrights.

While the U.S. Act identifies clearly who should pay and in what amounts, it does not identify with the same clarity who should receive payments and in what amounts. For example, section 111 (d) (4) calls for payment to "copyright owners who claim that their works were the subject of secondary transmission by cable..." The legislation states that payment should be made only for "non-network" programming rediffused outside the locality of origin. The legislation goes on to describe what course of action should be undertaken by the designated regulatory authority, the Copyright Royalty Tribunal, if a "controversy" about the allocation of royalties should arise. However, the law does not describe fully how a "copyright owner" should be identified, a question of considerable importance since any given broadcast may embody several different sources of creativity. Nor does the law provide a formula for apportioning royalties. These tasks of identifying individual beneficiaries and apportioning monies are delegated to the Tribunal.[1]

In practice, the U.S. Copyright Royalty Tribunal has had great difficulty in determining a formula for allocating royalties from rediffusion. It did make an initial judgement at a "macro" level, apportioning monies among coalitions of copyright owners such as the Motion Picture Association of America and allied program syndicators. But, even that initial judgement at the macro-level is being attacked before the courts, notably by the National Association of Broadcasters in the U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit. Meanwhile, the Tribunal is hoping that the various coalitions and individual claimants will reach consensual agreements with respect to "micro" allocations among individual claimants. By mid-1981, royalties from 1978 had not been received by copyright owners. The Tribunal hoped that some portion of undisputed royalties could be distributed, but that wish was being challenged by the

CBC and other claimants who wanted the resolution of disagreements to take place in advance of any distribution.

In principle, some of the difficulties experienced in the United States could be avoided if Canada eschewed a system of compulsory licensing. Without compulsory licensing, a copyright act would not need to specify formulae for royalty generation and allocation. The Keyes-Brunet proposal entails a system of compulsory licensing. **Copyright in Canada** recommends

> that the [proposed Canadian] Copyright Tribunal fix the appropriate fees and establish the necessary safeguards to ensure the equitable assessment, collection and distribution of royalties...[2]

In practice, compulsory licensing is desirable because of the large number of signals available for secondary transmission. To opt for free market negotiation between individual cable companies on the one hand and broadcasters and/or copyright owners on the other hand is to risk chaos.

The content of this chapter draws substantially on U.S. experience. American experience is important because the U.S. **Act** is the first attempt to impose a system of compulsory licensing in rediffusion and because the U.S. **Act** extends copyright protection to foreign broadcasts. Certain Canadian and Mexican broadcasts are furthermore encompassed in the U.S. scheme of compulsory licensing and are almost treated as if they were domestic American broadcasts.

The sections that follow are concerned with the generation of royalties, the allocation of royalties, future regulatory adjustments, and the management of disputes. Each of these themes is discussed, first, with respect to American experience and then, separately, with a focus on Canadian needs.

Before coming to a conclusion, the chapter discusses briefly some implications for communications policy and the role of the CRTC which arise from the Keyes-Brunet proposal to assign

authority for the regulation of rediffusion royalties to a new Copyright Tribunal.

GENERATING ROYALTIES: THE U.S. CASE

The U.S. **Act** provides for the generation of royalty payments in six month periods, and identifies clearly who must pay and in what amounts. Small cable systems are treated differently from and more favourably than large systems. System size is determined by the volume of gross receipts from basic services, excluding for example revenue from installation or from the use of cable for medical purposes or for crime prevention. The 1976 **Copyright Act** singled out two classes of small systems for preferential treatment: those with gross semi-annual receipts of less than $80,000 and those with receipts between $80,000 and $160,000. For both of these classes of small systems, royalty payments were to be calculated on the basis of receipts only, without a consideration of carriage.

Effective January 1, 1981, the Copyright Royalty Tribunal amended the threshold value of gross receipts for defining membership in the small, preferentially treated classes of cable systems. Henceforth, the two categories shall be determined by gross receipts (a) equal to or less than $107,000 and (b) between $107,000 and $214,000.[3]

The majority of cable systems are those which had semi-annual receipts equal to or greater than $160,000 in the years 1978-80 and equal to or greater than $214,000 after January 1, 1981. For these large systems, royalty payments to the Register of Copyrights are based on gross revenue from basic broadcast services and on the duration and types of programs rediffused into a local area from outside. Basic broadcast services are defined so as to exclude the medical, crime prevention and other auxiliary services provided by many cable systems. Only non-network programs imported into a locality require royalties to be paid. The rediffusion into a locality of broadcasts by CBS, ABC, and NBC affiliated stations generates royalties only in proportion to the value of non-network programming carried by these affiliated stations. The rediffusion into a locality of non-network programming on a network-owned station, on a network

affiliate, or on an educational station requires fewer royalties to be paid -- exactly 4 times fewer -- than is the case for non-network programming on commercial channels independent of the three U.S. networks. The stations of the CBC are defined as independent commercial stations and are therefore among the most expensive for cable systems to carry.

The percent of gross revenue to be paid is determined by a cable system's carriage as defined by a formula for "distant signal equivalents." Each cable system must calculate the proportion of non-network programming carried by each of the stations whose broadcasts it rediffuses into a locality. A distant signal equivalence must be calculated for the cable system as a whole. Where either a network station or an educational station carried, say, 30 percent non-network programming, a distant signal equivalence (DSE) of 0.3 times 0.25 = 0.075 would arise. Where an independent commercial station also carried 30 percent non-network programming, a DSE of 0.3 times 1.0 = 0.3 would arise. For the same volume of non-network programming, an independent commercial station requires 4 times the payment by cable systems than would be the case for network or educational stations. A cable system would have a total DSE of 1.075 if it carried one non-independent station providing 30 percent non-network programming (0.3 times 0.25 = 0.075) plus one independent station with 100 percent non-network programming (100 percent time 1.0 = 1.0).

Once a cable system has calculated its distant signal equivalence, it must translate its distant signal equivalence into a percentage figure which can be applied against its gross income from basic broadcast services. The 1976 **Copyright Act** stipulated that the first DSE would entail a cost to the cable system of 0.675 percent of gross while the second, third, and fourth DSE's would each entail an additional 0.425 percent of revenue. Subsequent DSE increments of 1 would entail additional payments of 0.2 percent of gross. Effective January 1, 1981, the Copyright Royalty Tribunal increased these rates, ostensibly to keep up with inflation. Thus, the first DSE now costs 0.817 percent of gross while the second, third, and fourth DSE's cost 0.514 percent of gross. Subsequent DSE's each require royalty payments of 0.242 percent of gross.[4]

Canadian television signals rediffused within 150 miles of the Canadian border or north of the 42nd parallel, whichever is more southerly, are subject to compulsory licensing. Otherwise the rediffusion of Canadian broadcasts requires a case by case negotiation of royalty payments. By virtue of a "grandfather clause," an exemption from payments is provided for cable systems in respect of Canadian broadcasts which were first rediffused by them prior to April 15, 1976.

Because of the precise detail with which the U.S. Act describes the generation of payments, relatively little controversy surrounds the interpretation of this aspect of the process. Certainly, the generation of royalties engendered less controversy than the subsequent allocation of royalties. Approximately $12 million plus accumulating interest has been raised for the 1978 year. However, there is some evidence that the complexity of the formulae involved has encouraged some administrative error or, at the very least, some ambiguity and uncertainty with respect to some calculations of payment. There is some evidence that the accounting staff of some cable systems have not been sufficiently skilled to cope with the formulae for royalty generation established in the law. Several cable systems appear to have overpaid.[5]

Problems of human error in mathematical calculations were not limited to the matter of royalty generation. Some of the proceedings of the Copyright Royalty Tribunal bogged down over apparently simple matters such as which stations and which programs were actually carried by a given cable system during a given period and with what frequency. Because of a concern over the reliability of different statistical data bases, different interested parties in Tribunal deliberations have resorted to separate data collections. Even the data base on cable carriage developed by the private bi Associates, based on the formal reports of cable systems and long considered the most reliable, has not been entirely free of error.

GENERATING ROYALTIES: IMPLICATIONS FOR CANADA

The two most salient lessons from the U.S. experiences are that statutory provisions for royalty generation should be detailed and simple. American provisions for generating

royalties produced a moderate amount of controversy, particularly when compared to the controversy which has arisen over the subsequent allocation of royalties. One reason for the moderate level of controversy is that the royalty burden was not perceived to be enormous. However, another reason for the only moderate level of controversy is that, once the law was enacted, it was difficult for a dispute to arise because the law was clear.

The generation of royalties has entailed some apparent administrative error, which the Tribunal has sought to rectify. The possibility of administrative error in a Canadian licensing scheme could be diminished by resorting to simple formulae.

In the American legislation, the rediffusion of non-network programming on independent stations engenders four times the royalty payments engendered by the rediffusion of non-network programming on network stations or on educational television. The distinction is not reflected in the subsequent allocation of royalties. The copyright owners of non-network programs on rediffused independent broadcasts do not receive four times the royalty rate paid to the copyright owners of non-network programs carried on the rediffused broadcasts of network or educational stations.

Insofar as the 4:1 ratio in royalty generation is not replicated in royalty allocation, the American licensing scheme has the effect of discriminating against the broadcasts of independent stations. Independent stations are more costly for cable systems to rediffuse. Yet, the owners of non-network programs on independent stations do not receive a correspondingly higher rate of royalties. Emulating this American practice in a Canadian licensing scheme may not be desirable because Canada's broadcasting objectives are not necessarily fulfilled by discriminating against independent stations.

Canadian law could extend the 4:1 ratio to the allocation of royalties, in which case the owners of programs on independent stations would be compensated in proportion to the disincentive against the rediffusion of their broadcasts. The **Copyright Act** might define "network" stations as those of the CBC and CTV and "nonnetwork" stations as all others. Unfortunately, if

American broadcasts were encompassed in such a scheme, the rights' owners to American broadcasts would be the principal beneficiaries.

Under the current American scheme, the generation of royalties could be administered more simply if all stations were treated alike. Calculations would be subject to less error if cable systems paid the same incremental increase for each additional distant signal equivalent. Administrative convenience would be aided by requiring payment for all stations and not just those imported from outside a local area. If Canadian copyright law were to give protection to U.S. broadcasts, protecting local as well as distant signals would augment the proportion of royalties retained in Canada.

ALLOCATING ROYALTIES: THE U.S. CASE

The provisions for royalty allocation in the American licensing process are a contrast to the provisions for royalty generation. The provisions for allocation are imprecise and ambiguous resulting in lengthy deliberations by the Copyright Royalty Tribunal, lengthy representations by interested parties, various legal initiatives before American courts, and seemingly interminable delays in achieving a firm outcome.

One could attempt to summarize in full the Tribunal's extensive public deliberations. However, such a task would serve a moot purpose because the extensive deliberations did not yield a set of principles or guidelines which can be said to have helped determine the Tribunal's initial apportionment at a macro level.

The Tribunal's initial macro level allocation can be seen partly as an attempt to reconcile the various claims and counter claims of various coalitions of ostensible copyright owners. Indeed, the **Act** seems to have foreseen the allocation process mainly as an exercise in bargaining. In 111 (D) (5), the **Act** identifies three procedures for distributing royalties. According to the first procedure, "any claimants may agree among themselves as to the proportionate division of compulsory licensing fees among them, may lump their claims together and

file them jointly or as a single claim, or may designate a common agent to receive payment on their behalf." The second and third procedures govern how the Tribunal should conduct itself in the absence or in the presence of a "controversy" or disagreement among claimants.

In practice, the National Collegiate Athletic Association asked that at least 20 percent of all royalties be granted to sports claimants as a group while the Professional Sports Claimants requested that the amount be in the 25-30 percent range. The two sports groups claimed that each figure was based on a "marketplace" valuation of sports programs compared to other redifused programs. Using its own basis of calculation, the Motion Picture Association of America sought 80 percent of the royalty pool on behalf of program syndicators, independent producers, and other members of its coalition. PBS and the Christian Broadcasting Network asked for 7-12 and 4.7 percent, respectively, on the basis of air time. Other claimants included: the American Society of Composers, Authors, and Publishers; cartoon and character claimants; and Broadcast Music Inc.

The CBC was greatly concerned that the Tribunal give due consideration to ownership of copyright. Its submission to the Tribunal dated 27 July, 1979 stated:

> The Canadian Broadcasting Corporation respectfully submits that the **first consideration** to examine is entitlement. Only claimants as defined by the Act, and no others, are entitled to receive a share of the residual amount of the royalty fund remaining after legal deductions have been made. [6]

The Corporation wanted the matter of copyright ownership to be considered carefully at the outset because the Motion Picture Association of America, the Joint Sports Claimants, and possibly other coalitions appeared to request royalties for programs in which they did not hold rights. In many instances, the members of the MPAA had already sold exclusive broadcast rights to local broadcasters, in which case the broadcaster had a rightful claim

to royalties, not the MPAA member. The Joint Sports Claimants appear to have sought royalties for broadcasts involving NHL hockey, the Toronto Blue Jays, and the Montreal Expos. Yet, the CBC has been the sole copyright owner of the CBC broadcasts of the Canadian games of these clubs.[7]

At the highest level of generality, the CBC wanted the Tribunal to consider seriously the question of copyright ownership because, unlike American broadcasters, the CBC owns the rights to a large number of its programs. On the basis of its strong copyright position and on the basis of the 4:1 royalty generation ratio weighing "independent" stations more heavily, the CBC could have expected substantial royalties from the licensing process. But, this was not to happen.

At the macro level, the Tribunal apportioned the royalty pool of approximately $12 million plus accumulated interest in the following manner: 75 percent to the Motion Picture Association of America and other program syndicators; 12 percent to all sports claimants; 5.25 percent to PBS; 4.5 percent to music performing rights societies; 3.25 per cent to the National Association of Broadcasters; and zero to National Public Radio.

At present, the Canadian Broadcasting Corporation stands to receive approximately $60,000 in royalty payments from the pool collected for the first semi-annual period in 1978. This sum arises from the willingness of the Motion Picture Association of America to grant the Corporation some of its 75 percent share and from the willingness of the National Association of Broadcasters to grant the CBC a portion of its 3.25 percent share. One piece of evidence of the informality with which the principle of copyright ownership was treated is that the MPAA received such a large portion of royalties and shared so little with the CBC even though the CBC purchased exclusive rights for Canada of so many of the programs of which MPAA made blanket claims. Another piece of evidence of the informality of the process is the CBC stations were classed as "independent" and hence not network stations in royalty generation; but the CBC was later expected to share royalties with the National Association of Broadcasters, representing American commercial stations, and not with PBS. Still more evidence of informality is that the

Joint Sports Claimants refused outright to share royalties with the CBC even though the CBC owns the rights to a very substantial amount of sports programming.

Twenty-two different CBC television stations and 14 different CBC radio stations were retransmitted by U.S. cable systems in the first half of 1978.[8] The Corporation calculated that it should receive $235,407.13 in royalty payments. This figure was derived from

> a formula based on aggregate duration of secondary transmission of claimants' distant non-network signals or works on each cable system, weighted according to the DSE's earned by each signal and with equal value given to radio and television.[9]

The actual sum requested by the Corporation may have been a low estimate because it was calculated in mid-1979 when all cable system information may not have been fully available.

One year later, in July, 1980, the CBC requested 6.5 percent of the royalty pool for itself and suggested percentages for other claimants. The Corporation made a strong case for itself on the grounds of its substantial role as a producer and on the grounds of its DSE status in royalty generation. The Corporation made a cogent argument that the MPAA should receive 50 percent rather than 80 percent of the pool because its members did not really own the rights to many of the programs to which they laid claim.[10] Success would have earned the Corporation approximately one million dollars in royalties annually. (See table 6.)

The Tribunal's first semi-annual apportionment is before the courts. But, it is noteworthy that other potential Canadian claimants have either not gone before the Tribunal or have been unsuccessful. Like its American counterpart, National Public Radio, CBC Radio has been apportioned no royalties although the **Act** specifically encompassed radio.

TABLE 6

REQUESTED AND AUTHORIZED SHARES OF ROYALTY POOL, SELECTED CLAIMANTS, 1978

(in percent)

	Requested by Claimant	Suggested by CBC	Authorized by Tribunal
Motion Picture Association of America	80	50	75
National Association of Broadcasters	21	15	3.25
Sports Claimants	20-30	12	12
Public Broadcasting Service	7-12	7	5.25
Canadian Broadcasting Corporation	6.5	6.5	less than 0.5%*

* Based on CBC's agreements with MPAA and NAB to receive portions of their allocations.

ALLOCATING ROYALTIES: IMPLICATIONS FOR CANADA

From Canada's perspective, the single most important aspect of the American experience may have been the absence of clear instructions in the U.S. Act to govern substantive rather than processual matters in royalty allocation. The delegation of

substantive responsibility for royalty allocation to the Tribunal must go some distance in explaining the protracted controversy on the matter, the subsequent resort to the courts, and the apparent failure of royalty allocations to reflect with precision the pattern of copyright ownership.

Any Canadian **Act** should be much more precise and directive. Nonetheless, it must be conceded that the unsatisfactory outcome is also partly explained by the composition of the American Tribunal, consisting in part, at least, of patronage appointees who need not have any expertise in copyright, communications or public policy-making. The staff of the new Canadian Tribunal proposed by Keyes-Brunet would likely be more expert and professional, as is the situation in the extant Canadian Copyright Appeal Board. Canadian laws and traditions respecting public service appointments have tended to give a greater encouragement to professionalism and a somewhat lesser place for patronage.

When regulatory delegation is combined with patronage appointments, informal decision-making may occur. In the particular case at hand, the most informal and unsatisfactory decision was the Tribunal's failure to confront directly the issue of who does in fact own broadcast rights to programs. When decisions by a United States regulatory authority are reached on an informal basis, Canadian economic interests are more likely to suffer. Informality means that the rigorous application of rules takes second place to the often unspoken values, beliefs, and symbols of American culture. In retrospect, it is not entirely surprising that the Motion Picture Association of America received the lion's share of royalties and was not obliged to prove its case for copyright ownership. The Hollywood nexus of movie stars, production houses, and program syndicators has always had a great appeal to the American imagination.

The Canadian government should consider investigating more fully the degree to which the American process discriminates against Canadian interests. Information about the administrative, legal, and allocative biases against Canadian interests could be used to mitigate U.S. government reaction to Canadian initatives in copyright and in other cultural and broadcasting domains.

One positive lesson provided by the American experience is that it is possible to allocate royalties to claimants other than broadcasters. Authorities for communications in both Canada and the United States have given frequent thought to the possibility of encouraging better programming. The U.S. Copyright Royalty Tribunal also considered whether royalty allocations could be used to encourage improvements. In practice, there exist two (conflicting) notions of quality programming: (a) programming appreciated by small, often well educated segments of the television audience, and (b) programming appreciated by a large mass audience. By its nature, copyright is too blunt an instrument to be used to encourage quality programming with much discrimination on a program by program basis, especially with respect to programming from small audience segments. The encouragement of quality programming for specialized audiences requires a substantial degree of artistic and cultural knowledge and also a substantial amount of administrative latitude. But, to be effective, a copyright law should require as little information as possible and should permit the smallest amount of administrative discretion.

Though copyright is not ideal for making many microlevel distinctions among different types of programs, copyright royalties can be directed to those producers and/or broadcasters who normally develop the kinds of programming desired in communications policy. Canadian content broadcasts are one type of programming that has been considered a priority in the **Broadcasting Act** and in communications policy generally. If some broadcasters are more likely to carry indigenous Canadian content than others, this fact may be important to consider in determining who should benefit from royalties under compulsory licensing. The Keyes-Brunet solution was to protect "Canadian broadcasters...(with respect to) their Canadian broadcasts."[11] This issue will be considered more fully in the concluding chapter.

Independently produced Canadian programs are a second type of programming that has been considered a priority in broadcasting policy. The CRTC has frequently urged the networks to turn to independent programming. On the occasion of CTV's licence renewal in 1973, for example, the Commission declared that

> it remains convinced that independent production sources can make valuable contributions to the Canadian broadcasting system...[and that] the Canadian networks have a responsibility to help make this possible.[12]

More recently, the CBC has undertaken to purchase more independent productions. An implicit and sometimes explicit assumption is that independent producers can be a major source of creative thought and a spur to cultural freedom.[13] Whether and how independent producers can be helped by rediffusion royalties is not pursued in the Keyes-Brunet proposal. Independent producers may not have been considered to be as worthy of public concern four years ago when the Keyes-Brunet report appeared as they are today because the subsequent activity of the Canadian film industry suggested new options and possibilities. The feasibility of earmarking rediffusion royalties for independent producers is explored in the concluding chapter.

FUTURE REGULATORY ADJUSTMENTS: THE U.S. CASE

In Sec. 801 (b)(2)(A), the U.S. **Act** establishes detailed guidelines for changes in royalty generation over the life-span of the legislation but permits the Tribunal to exercise considerable discretion with respect to royalty allocation. The **Act** permits the rates paid by cable systems to

> be adjusted to reflect (i) national monetary inflation or deflation or (ii) changes in the average rates charged cable subscribers for the basic service...to maintain the real constant dollar level of the royalty fee per subscriber.

In principle, if rates paid by subscribers to cable systems keep up with inflation, the DSE royalty rates paid by the systems cannot be changed. Furthermore, the Tribunal is explicitly prohibited from increasing the DSE rates paid by cable systems merely in order to maintain a constant royalty pool in the event of declining average DSE's per subscriber.

By contrast, the Tribunal is granted substantial discretion with respect to changing royalty allocations. For example, the Tribunal has complete lattitude to change payout rates in order to cope with the effects of "any change in the rules and regulations of the Federal Communications Commission with respect to syndicated and sports program exclusivity."

FUTURE REGULATORY ADJUSTMENTS: IMPLICATIONS FOR CANADA

It would make sense to grant a Canadian regulatory authority such as the Tribunal proposed by Keyes-Brunet some authority to adjust royalty rates both in generation and in allocation. However, American experience suggests that the lattitude given a Canadian regulatory authority should be limited and that legislation should identify clearly the criteria by which the authority should effect adjustments. With respect to generation rates, two important criteria could be inflation and the profitability of cable systems.

With respect to allocation, it is difficult to determine the precise criteria for regulatory adjustment which should be imbedded in the **Copyright Act** before knowing the details of a particular rediffusion licensing scheme to be adopted by Parliament. Generally, the regulatory authority should not be granted much lattitude. It may make sense for Cabinet to retain residual regulatory authority because regulatory adjustments may be required from time to time to take into consideration changes in Canada-U.S. bilateral relations and/or changes in Canada's broadcasting needs. However, there are at least two possible views on the desirability of granting a residual role to Cabinet. If Parliament adopts a licensing model which is not entirely favourable to American interests, granting too much residual authority to Cabinet risks exposing Cabinet to increased American pressure.[14]

THE MANAGEMENT OF DISPUTES: THE U.S. CASE

Three kinds of problems come to mind: when claimants cannot acquire sufficient information about cable carriage on which to register a claim; when there is disagreement about the allocation of the royalty pool; and when payments are not transmitted with

sufficient regularity or haste. The U.S. **Act** requires cable systems to provide up-to-date information on carriage, but it is unclear how the American process has sought to cope with those cable systems which do not comply with sufficient speed. Those four-fifths of systems which complied with requirements for providing information also provided royalty payments. Payouts have not yet been made partly because the macro-apportionment is before the courts and partly because the Tribunal has failed to produce a consensus among individual claimants with respect to micro-apportionment.

THE MANAGEMENT OF DISPUTES: IMPLICATIONS FOR CANADA

A Canadian licensing scheme is less likely to encounter difficulties in securing accurate information on cable carriage because of the much smaller number of systems. In 1978, some 4,000 systems operated in the United States as compared to 463 in Canada.[15] Nonetheless, a Canadian **Act** would likely diminish the likelihood of dispute if it required cable systems to report their carriage to the pertinent regulatory authority according to a specific schedule and if royalty generation payments were made to the regulatory authority rather than directly to claimants. If the Canadian licensing scheme authorizes allocations to parties in addition to or other than broadcasters, it would be helpful to small potential claimants if procedures of application were simple and inexpensive. It is important that small claimants not be dissuaded from applying by prohibitive costs of application.

Messrs. Keyes and Brunet recommend that the Copyright Appeal Board be replaced by a Copyright Tribunal with considerable responsibility outside the domain of rediffusion licensing. We have no comment to make on the various Keyes-Brunet recommendations to create new rights or to increase regulatory authority in the field of copyright. In the particular instance of rediffusion, whether the regulatory authority is called an Appeal Board or a Tribunal, it will need to assume additional responsibilities if a scheme of compulsory licensing is enacted. Some Canadian traditionalists will be saddened at the prospect of changing the name of the regulatory authority. Canadian cultural identity is normally helped most by the retention of

distinctively indigenous terms. When the Appeal Board was created in 1936, it was an innovation of some importance, which the United Kingdon subsequently emulated.

COPYRIGHT AUTHORITY AND COMMUNICATIONS AUTHORITY

The fact that rediffusion licensing straddles two policy sectors, communications and copyright, does pose a problem of coordination and compatibility. The problem of compatibility between authorities responsible for copyright and those responsible for broadcasting or communication may affect the initial design of a licensing scheme as well as subsequent implementation. As a result of the training, expertise, and responsibilites of their staff, copyright authorities are unlikely to evaluate rediffusion licensing primarily in terms of broadcasting or cultural objectives. Their assessment of rediffusion licensing models is more likely to be based on whether fair compensation is provided to broadcasters and/or copyright owners than on what impact the distribution of royalties would have on broadcasting performance.

Whether communications authorities or copyright authorities should be pre-eminent in the design of rediffusion licensing should depend on the relative importance of compensation as opposed to broadcasting performance among the priorities of the Government of Canada. The principle of compensation for use of broadcast material is important in the American licensing process, and rightly so, because the U.S. government does not have to be as concerned as the Canadian government about the performance of domestic cultural, broadcasting, and entertainment industries in the face of foreign competition. U.S. cultural activity is so pre-eminent globally that American culture is almost world culture.

However, the government of Canada must aid explicitly the performance of Canadian broadcasting and cultural industries. Broadcasting and program production cannot be treated in the same vein as appliances, textiles, machine tools or other products which are suited to principles of international substitution and global efficiencies of scale. Canada has special needs for indigenous programming on account of her spatially diffused

population and her ethnic, linguistic, and regional differences. Because of her proximity to the American goliath, Canada also has a special need for quality indigenous programming in order to encourage the flowering of collective self-esteem.

These needs, traditionally recognized in broadcasting policy and law, require a pre-eminent role for broadcasting and communications authorities in the development of rediffusion licensing. In addition to a licensing scheme designed to achieve certain broadcasting objectives, a **Copyright Act** should contain explicit criteria rooted in broadcasting policy by which authority to adjust royalty rates is delegated to the Copyright Appeal Board or its successor Tribunal.

CONCLUSIONS

Enacted in 1976 to take effect in 1978, the United States' compulsory licensing scheme for rediffusion has followed a convoluted path. The provisions for the generation of royalties from cable systems are complex because the formulae imbedded in the American **Copyright Act** are complex. The actual process of allocating royalties to claimants is complex because authority over allocation was delegated to the **Copyright Royalty Tribunal**, whose deliberations on this matter have been confusing and uncertain. The Tribunal did not oblige claimants to demonstrate clearly their ownership of copyright. Nor did the Tribunal use a formal, replicatable procedure for the allocation of royalties. The Tribunal's decision-making style could be characterized as an informal one in which formal rule-making took second place to the implicit values of American culture. In the Tribunal's first major allocation, the lion's share of royalties 75 percent, was apportioned to the Hollywood nexus represented by the Motion Picture Association of America. Although the U.S. **Copyright Act** assigned substantial weight to CBC broadcasts (4:1 ratio) with respect to royalty generation, the CBC may in the end receive a very small royalty allocation.

The first of three major conclusions to be drawn from this chapter is that Canadian legislation should involve simple rather than complex formulae and should contain detailed stipulations in place of substantial delegation. Simple formulae for royalty

generation and allocation will diminish the likelihood of administrative error. A detailed description of these formulae and detailed limitations on the lattitude of the copyright regulatory authority will reduce the possibility that the licensing scheme, when administered, will depart greatly from legislative intent.

A second conclusion to be drawn from this chapter is that the Government of Canada should consider exploring fully the extent to which Canadian interests may have suffered under the U.S. Tribunal's administration of rediffusion licensing. If Canadian interests have been harmed and if Parliament is to be asked to enact a licensing scheme which provides direct payments to American interests, it may be desirable for Cabinet to retain authority to make the transmission of royalties to American interests contingent on a satisfactory resolution of royalty allocation matters under the U.S. scheme. If the CBC's expected share of U.S. royalties does not increase from the current estimate of approximately $60,000, and if research does demonstrate that Canadian interests have been treated inequitably in the U.S. Tribunal's allocations, it would be possible to conclude that the U.S. licensing scheme entails discrimination. On its own, the 4:1 royalty generation ratio is a disincentive for U.S. cable systems to carry the signals of CBC, the leading Canadian claimant.

To be fair, a good argument could be made that the small royalty portion allotted to the CBC reflects the low esteem in which American non-educational broadcasters were held by the Copyright Royalty Tribunal. The National Association of Broadcasters, representing a large number of private American broadcasters, ended up receiving merely 3.25 percent of the total royalty pool. The small allotment to the CBC may not have reflected any consious or unconsious American cultural values. Nonetheless, Canada is by far the largest national customer of all the cultural products marketed globally by American industries. On this basis, Canada has a well deserved claim to scrupulous treatment. If the federal government ever raises with the U.S. government the matter of CBC's treatment under the American licensing scheme or if the U.S. government ever raises

questions about Canadian copyright policy, it may be appropriate for the Canadian government to broaden discussions to encompass the larger question of the one-way flow in cultural products.

A third conclusion to be drawn from this chapter is that rediffusion licensing straddles two policy sectors, communications and copyright. Because of the importance of broadcasting to Canada, broadcasting and communications authorities should be given a considerable role in advising cabinet on the licensing model to adopt. The new copyright task force, created by the Department of Communications, may help provide such an opportunity.

NOTES

1. The Copyright Law Revisions were committed to the Committee of the Whole, U.S. House of Representatives on September 3, 1976. For most purposes, the revisions in the form of a new Act took effect on January 1, 1978. Useful descriptions and discussions appear in U.S. Congress, Report No. 94-1476 and in Melville B. Nimmer, **A Preliminary View of the Copyright Act of 1976: Analysis and Text** (New York: Matthew Bender, 1977). Provisions for compulsory licensing in rediffusion appear mainly in **17 USC 111** (i.e. section 111 of Title 17 of the U.S. Code), "Limitations on exclusive rights: Secondary transmissions."
2. p. 144. Words in parenthesis added.
3. **Federal Register** 46 (January 5, 1981) 2, p. 897.
4. **Federal Register** 46 (January 5, 1981) 2, p. 897.
5. Conversations with Roger Wagner, President, bi Associates, Washington, D.C. in 1979. A July, 1979 CBC submission to the Tribunal noted that wrong DSE totals had been calculated "in a number of cases," that CBC stations had been wrongly classed as "network" instead of "independent" stations "in some instances," and that about one-fifth (approximately 750) of cable systems had failed to file under the **Act**.
6. Letter from D.E. Lytle, Director of Corporate Services, CBC to the Hon. Douglas Coulter, Chairman, Copyright Royalty Tribunal, p. 2. Emphasis added.

7. See letter from D.E. Lytle, Director Corporate Services, CBC to the Hon. Mary Lou Burg, Chairman, Copyright Royalty Tribunal, 22 May, 1980, p. 2.
8. Corporate Program Services, CBC, **Copyright Royalty Tribunal** (Documentation) (Ottawa: November, 1980).
9. Lytle to Coulter, p. 5.
10. Letter from D.E. Lytle, Director, Corporate Program Services, CBC to the Hon. Mary Lou Burg, Chairman, Copyright Royalty Tribunal, 2 July, 1980, pp. 5-7.
11. **Copyright in Canada**, p. 144.
12. CRTC public announcement, January 22, 1973.
13. In their important study of English-language independent producers in Canada, Hugh Edmunds **et al** make the following observation: "Certain values have been attributed to independent production. They range from philosophical ones concerned with the defense of a free society which is encouraged by many voices having access to the public - voices not filtered through conventional institutions so that by a 'free flow of information' an enlightened citizenry can make the wisest choice from a multitude of alternatives. In a more pragmatic vein it has been claimed that the independent producer will bring forth new and fresh program ideas. Through his originality and efficiency learned from his struggle to survive and prosper, he will develop new methods of reaching audiences at reduced costs - and do so with a product which is more attuned to the needs and interests of the audience. In so doing, he will provide a platform for our otherwise unrecognized or unexploited talents and/or resources. Finally, it is assumed that with a vigorous independent production industry in what is a very labour intensive business, a much greater scope for employment will be offered to Canadian craftsmen, technicians and performing talents. Such a situation would create greater opportunity for all and allow the best to rise more rapidly into public view, gaining international recognition and export dollars for Canadians." Hugh H. Edmunds **et al**, **A Study of the Independent Production Industry** (Windsor: Centre for Canadian Communications Studies, University of Windsor, April, 1976), vol. 1, p. 6.

14. On the role of cabinet in regulation, see Richard J. Schultz, **Federalism and the Regulatory Process** (Ottawa: Federal-Provincial Relations Office, 1978), reprinted as an IRPP publication.

15. According to the **Television Factbook**, issue no. 48, 3997 U.S. systems operated on September 1, 1978. For Canadian data, see Statistics Canada, Cable Television (1978), catalogue 56-205.

CHAPTER 8

Cable Copyright and other Potential Rights

by Conrad Winn

INTRODUCTION

The possibility of copyright liability for the cable rediffusion of broadcasts is of considerable interest to the broadcasting industry and to those in government who are responsible for communications policy. Yet, the form and substance of a rediffusion right in a new copyright act could have implications for other rights which might be included in the forthcoming copyright act, which might be added at a later date, or which might be included in another new copyright act in a generation or two. In the past sixty years, technological developments in broadcasting, computing, telecommunications and related fields created the need for a panoply of new rights to preserve order in the marketplace and to protect the rights of the creators of new intellectual matter. Canada's existing commitments under the Rome Convention of the Berne Union include no provision for the protection of sound recordings, broadcasts, computer programs, and other matter which either did not exist or were not considered important at the time when the Rome Convention came into force. The pace of technological innovation is unlikely to decelerate in the years to come. Indeed, because of the anticipated pace of technological innovation in the future, the new copyright act is likely to have a shorter life-span than the current one and be subjected to greater pressure for amendment and fundamental revision.

A rediffusion right in the new copyright act should be constructed so as to exclude undesirable principles or characteristics which could inadvertently be turned to as precedents in the consideration of subsequent rights. The purpose of this brief chapter is to identify desirable principles or features which should characterize the rediffusion right and which would also be applicable to other rights which may be enacted in Canadian law.

SOME PRINCIPLES

Priority for Canadian Matter

Where not explicitly prohibited by treaty, a new act should provide favourable protection for Canadian matter. In the particular case of the cablecasting of broadcasts, it is better to provide no rediffusion right at all than to establish a right the effect of which is to direct most copyright revenues to U.S. owners. Depending on the rates of payment established by any particular compulsory licensing scheme, the international balance-of-payments loss need not be huge with respect to any particular matter. But, if all new rights were extended to foreign matter, the accumulated deficit could be substantial. Furthermore, when protection is extended to foreign matter or when protection is structured so that foreign copyright owners are the major beneficiaries, a precedent is established for the structure of payments in successive new rights.

Social Objectives

Chapter 4, **Some Economic Issues**, argues at length that societies may, do, and should define property rights in terms of the just and fair claims of affected parties and in terms of the needs of society for certain kinds of economic activity. If the much ballyhooed information age is truly amidst us, the production, distribution and consumption of information is rapidly becoming central not only to the flourishing of modern political systems but also to the development of modern economies. Almost by definition, copyright is a policy instrument of vital importance to governments operating in the information age. To make the most of copyright, governments need to give attention to how copyright can be structured to encourage

the production of the specific information and communications products considered important for the functioning of national economic and political systems.

The fact that copyright is largely concerned with the rights of artistic and other creative personnel does not diminish the ability of government to employ copyright for national policy purposes. In **Copyright in Canada,** Keyes-Brunet observe that "a Copyright Act is concerned primarily with creators" and that "creators' rights [should] be the norm in a revision of copyright legislation." (p. iii). However, the principle that creators' rights are central does not by itself delimit in a precise way what these rights should be and who should receive them. For example, Keyes-Brunet do not propose a right for American broadcasters whose broadcasts are rediffused in Canada. Nor do they propose a right for writers, composers and other creators whose copyright work is rediffused in Canada or abroad. Keyes-Brunet propose a right for Canadian broadcasters only and only for the rediffusion "of their Canadian broadcasts." Hence, the commitment of Keyes-Brunet to the primacy of creators' rights does not lead inexorably to enacting equal rights for all creators irrespective of functional role or of nationality.

The Keyes-Brunet proposal to grant a rediffusion right to Canadian broadcasters illustrates the potential flexibility of copyright law and its ability to achieve objectives for society which are broader in nature than merely protecting the rights of creators. According to the well known convention/non-convention distinction credited to Keyes-Brunet, the flexibility of Canadian governments is greatest in the case of modern technologies for which Canada has not incurred international copyright obligations. One of the best known examples of flexibility in copyright law is the "manufacturing clause" originating in the U.S. **Chase Act** of 1891. The "manufacturing clause" was permissable because the United States had not acquired the obligations of membership in the Berne Copyright Union. The U.S. Congress is expected to let the clause die in 1982, partly because of some desire by some U.S. officials for their country to join the Berne Union. The clause itself has required certain works to be printed in the United States in order to receive protection from the **Act.** The industrial effect of the clause was to provide a strong continuing boost to U.S. printing concerns.

To return to the matter of a rediffusion right for Canada, the federal government could single out certain kinds of creators for special protection. Which categories of creators receive the greatest protection ought to depend on the social objectives of government rather than merely on abstract principles of copyright law. This principle of social objectives should be encompassed in a rediffusion right and in other new rights.

Substantial Benefits

Because the enactment of new laws and the creation of judicial or quasi-judicial tasks and institutions are costly, they should only be undertaken when the recipients of copyright protection do receive significant financial or non-financial benefits. In the particular case at issue, the introduction of a right to rediffuse would make sense if broadcasters and/or program copyright owners received substantial benefits in the form of meaningful rediffusion right payments and/or in the form of non-simultaneous program substitution.

Allocative Simplicity

All legislation, copyright law included, receives its greatest public credence and legitimacy when it is simple rather than complex. In legislation prescribing the allocation of resources, simplicity reduces the likelihood of complex, costly, protracted, and disheartening dispute among claimants. The provision of a rediffusion right should identify clearly the contributors and recipients of copyright payments and should, where possible, provide simple formulas on which payments are to be calculated. The categories or classes of contributors and recipients should be kept small in number.

Allocative Validity

As a corollary, the formulas used to collect and allocate copyright payments should entail the use of reliable and valid data bases. Generally, survey or marketing research-type data are less reliable than accounting data. For example, if it were thought necessary to vary copyright payments made by cable companies according to their market sizes, it would be easier to

establish with certainty the number of subscribers served by a cable company than the number of viewers of a given channel on cable. Establishing the number of viewers by channel requires survey or market research. However, it is neither cost-effective nor in the economic interest of survey or market firms to achieve the high response rates in surveys necessary to establish market behaviour with great certainty. Furthermore, small markets are not often treated to survey analysis.

Survey or market data may be theoretically more appropriate as an indicator of the benefits received by a cable company as a result of carrying a given broadcaster's signal and therefore as an indicator of the copyright payments the cable company should make. But, the number of subscribers served by a cable company or other accounting-type data should be used instead because accounting data are less subject to interpretation and dispute.

Administrative and Adjudicative Simplicity

As a further corollary, any provision for the administration of payments, for changing the level of payments to take into account inflation, or for the resolution of disputes over payment should be simple. Normally, new regulatory bodies should not be created. Instead, new tasks should be assigned to existing bodies.

Foreign Policy Consistency

In Canada's bilateral relations with the United States, it is important to distinguish a dispute where the U.S. government strongly asserts a view which flows from American national interest from a dispute where the U.S. government strongly asserts a view as a result of the influence exerted by a dynamic American interest group. Where a fundamental American interest is at stake, for example with respect to energy or water, Canadian policy need not be consistent but can instead reflect the specific importance Canada attaches to every item under negotiation. Where fundamental American interests are involved, bargaining between the two countries is likely to have a pragmatic **quid pro quo** flavour. The United States wishes to achieve certain objectives while being prepared to concede others.

However, where the U.S. government strongly asserts a view as a result of pressure group influence, U.S. bargaining behaviour will reflect not just a concern to achieve certain objectives, but it will also reflect a concern to placate the domestic interest group. In such circumstances, a vascillating, inconsistent, or nonassertive Canadian stance may be interpreted as evidence that Canada is highly amenable to American pressure. Indeed, the domestic American pressure group may be motivated to increase its demands that the U.S. raise the stakes in bilateral negotiations. Where the Canadian government fails to follow a consistent and strong path, the U.S. government may find it difficult to explain to its domestic interest groups that Canada is firm and cannot be moved by the threat or exercise of American power. On the contrary, a bargaining loss for the United States is likely to be seen as a failure of skill or of nerve rather than as evidence of Canadian commitment.

Generally, copyright and other broadcasting and cultural matters are not of absolutely vital importance to the United States, but they are of great interest to dynamic interest groups such as border broadcasters. When small countries negotiate with large countries, they often find it effective to adopt a posture of gradually increasing assertiveness. If the assertiveness of the weak country is sufficiently strong, the large country is obliged to calculate rationally whether any given item in dispute is really of vital national interest.

Where a genuinely vital U.S. national interest is involved, a small country negotiating with the United States may adopt a flexible stance, including compromise, vascillation, and/or retreat. However, in the case of copyright, culture, and other issues which are salient but not necessarily vital to the United States, vascillation or compromise may invite interested American groups to redouble their pressure on their government.

CONCLUSION

This chapter began by suggesting that the anticipated pace of technological change may create demands for new kinds of rights in the future. If indeed technological complexity and copyright complexity are linked, it would be a reasonable guess that the

forthcoming copyright act will be revised in less than the 60 years' time it has taken to revise the current **Act.** At a minimum, rapid technological change will require a number of amendments in the years to come.

The fact that copyright law is an ongoing process means that care should be taken with respect to the principles and practices embodied in new rights. Seven principles governing copyright policy and bilateral Canada-U.S. cultural relations were suggested. (a) Where not prohibited by treaty obligations, the benefits of copyright protection should be directed mainly or solely to Canadian matter. (b) Benefits should be determined not only in terms of the just claims of interested parties but in terms of the needs of society for incentives to produce certain kinds of information or communications products. (c) Rights should only be introduced if they entail meaningful financial and/or nonfinancial benefits. (d) The contributors and recipients of copyright benefits should be identified clearly and allocative formulas in compulsory licensing should be clearly and simply stated. (e) Allocative formulas should require the use of relatively incontestable data bases such as accounting data rather than survey or market research data. (f) Administrative and adjudicative mechanisms should be simple and should be assigned to existing rather than new regulatory bodies. (g) For reasons which are explored in the text, it may be effective for Canada to adopt a strong and unwavering policy with respect to the enhancement of its culture by means of copyright and other instruments. Inconsistency or vascillation entails a risk of motivating domestic American interests such as border broadcasters to redouble their efforts to get the U.S. government to raise the stakes in bilateral negotiations on culture.

CHAPTER 9

Alternatives to Copyright

by Conrad Winn

INTRODUCTION

Whenever a government must consider introducing major new legislation, it needs to explore the strengths and weaknesses of alternative instruments for achieving the same objectives. Governments may possess many alternative means of seeking to achieve any given policy objective. Copyright is not the only instrument available to government for improving the economic position of creators. Income tax policy, grants-in-aid, low interest loans, regulation, corporate tax policy, usage and import quotas, tariffs, purchasing policies and other instruments can all be structured so as to reduce the operating costs of creators, reduce their competition and increase their markets, or increase their pre- and/or post-tax revenues.

A system of excise taxes could be modelled imperfectly on compulsory licensing in copyright. Thus, excise tax revenue could be generated from cable systems and allocated to creators in a fashion similar but not identical to the Keyes-Brunet or Economic Council proposals. An excise tax system and a copyright royalty allocation system could be very similar with respect to allocation. For example, funds from an excise tax pool could be

allocated to Canadian broadcasters only (Keyes-Brunet) or to noncommercial broadcasters (Economic Council). However, an excise tax system could not generate payments from the normal revenue of cable systems, as is the case with copyright royalties, but would be imposed on top of normal revenue.

Economic protectionism is a frequent motive for countries to establish "rights" in administrative law or legislation outside a copyright act. Iceland, Norway, Sweden, Finland, Denmark, New Zealand, and Australia all established public lending rights outside copyright law. In Denmark and New Zealand, royalties are paid to nationals on the basis of the number of their books held by certain libraries. In Sweden, royalties to native authors are paid partly on the basis of the volume of actual library loans.[1] Article (4) 1 of the Rome Text of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works requires that nationals of Berne countries receive those rights in Convention works which the domestic legislation of any Berne country "may hereafter grant to natives." Since literary works are protected by the Convention, Convention countries would be obliged to provide protection for authors from all Berne countries if a public lending right were encompassed in copyright law.

Establishing a public lending right outside copyright law might be viewed as a sleight of hand which transgresses the spirit of the Berne Union and of the closely related Universal Copyright Convention. Some Berne member countries may conceivably make an issue of this practice at some future date. However, in substance the provision of a public lending right outside copyright law is not too different from many of the less visible but no less effective ways in which GATT countries have bypassed GATT strictures against discriminating in favour of domestic industries.

In the particular case of broadcasts, it is not necessary for legal reasons to establish a rediffusion right outside copyright law in order to limit the benefits of protection to Canadian broadcasts. As Keyes-Brunet have shown, broadcasts are not protected by the conventions to which Canada has acceded so that Canada could protect Canadian rather than all broadcasts if this were desirable. The United States government and American

broadcasting and copyright interests would not have a strong basis in copyright law for opposing a protectionist Canadian rediffusion right.[2]

However, international law may be a less important motivating factor than attitudes and expectations grounded in the fact that the American rediffusion licensing scheme offers some protection to some copyright material in Canadian broadcasts. Furthermore, this protection may be viewed as equitable or even generous. The current implementation of the American licensing scheme accords a certain salience to rediffusion licensing with the result that any attempt by Canada to provide rights for Canadian broadcasts outside copyright law is not likely to go un-noticed. In several sectors of a national economy other than broadcasting, governments can resort to obscure or low-key policy instruments in order to diminish the likelihood of foreign reaction to protectionist actions. But, in broadcasting almost all policy instruments are salient. The large financial interest of American border broadcasters in their Canadian markets requires them to be sensitive to the slightest shifts in Canadian government policy.

In principle, the federal government could implement a kind of Keyes-Brunet scheme by means of an excise tax on cable systems, the proceeds of which would be distributed to Canadian broadcasters. In practice, adopting an ostensibly low-key instrument such as the excise tax instead of copyright may invite even stronger protest from border broadcasters by suggesting a mentality of fearfulness.

The likelihood of a strong American reaction to a Keyes-Brunet-type proposal could have been reduced had Canada adopted a compulsory licensing scheme for rediffusion before the United States did. Had a Canadian scheme been introduced first, the American government and the American entertainment industry would not have had expectations for favourable treatment which they must now have as a result of the ostensibly equitable treatment given Canadian signals under the new U.S. Copyright Act.[3]

If it is a priority of the government to minimize U.S. government pressure to accommodate the interests of U.S. border

broadcasters and the American entertainment industry, then the general posture and strategy to adopt is one of firm, consistent, unwavering, and slowly increasing assertiveness. As suggested in chapter 6, inconsistency or weak assertiveness in the face of American pressure may invite greater pressure.

To conclude to this point, one of the primary motivations for countries to provide rights outside copyright law is to bypass their legal obligations to grant equal protection to Berne nationals under the Berne Convention. But, this tactic has limited merit in the case under examination because Canada anyhow has legal freedom to limit a rediffusion to Canadian broadcasts (Keyes-Brunet). Furthermore, broadcasting is too salient a subject area for it to matter greatly whether ostensibly low-key instruments such as the excise tax are used in place of high profile copyright law.

The remainder of this chapter will consider the comparative merit of copyright, particularly in the shape of a compulsory or statutory license, from the perspective of the following issues: intrinsic characteristics of copyright; exclusive rights to programs; payments by users; compensation to creators; encouraging certain kinds of creativity; and whether alternatives to copyright should properly be viewed as substitutes or supplements.

INTRINSIC CHARACTERISTICS OF COPYRIGHT

Copyright law has at least two intrinsic characteristics that tend to distinguish it from other instruments of policy: (a) copyright is the customary instrument for generating payments from users and for allocating these payments or royalties to creators, and (b) copyright laws are normally revised or replaced less frequently than many other instruments.

In the advanced industrial democracies, copyright law is the customary method of generating payments from users of creative works and of allocating these payments or royalties to creators. The continuing existence of parliamentary democracy is materially helped when the activities and functions of government are easily understood by major participants in the political process as well

as, if possible, the mass public. When the activities of government are understood and perceived to be meaningful, they are more likely to be looked upon as effective and legitimate. For these reasons, protecting the economic interests of broadcasters and/or copyright owners in their rediffused programs should be assigned to copyright law rather than to some other instrument unless strong empirical evidence suggests that Canada would reap significant benefits from the use of an instrument other than copyright.

In addition to being the customary instrument for the generation and allocation of royalties, copyright is also distinguished by the fact that it is normally revised infrequently. Hence, if a copyright act is designed well, copyright becomes a relatively cost-effective instrument, entailing fewer decision-making costs than other more frequently revised instruments. The current **Act** will have probably lasted at least three generations before it is replaced. The long duration of copyright law provides interested parties with considerable stability in planning. They know what their financial losses and gains will be over an extended period. This is an important advantage to firms, which often do not like to make investment decisions on the basis of, say, tax policy, which could change with changing governments. A related advantage deriving from the duration and persistence of copyright law may be that interested parties can be discouraged from seeking change motivated by trivial considerations. Governments may be less subject to pressure for change, particularly from foreign governments, than would be the case for schemes established under regulatory authority or administrative law.

PROGRAM EXCLUSIVITY

We were asked to consider "the potential of copyright law to resolve the apparent problem between cable rediffusion of U.S. TV signals and the protection of exclusive broadcast rights purchased by Canadian stations." Though Canadian broadcasters ostensibly purchase the exclusive legal rights to diffuse in Canada certain programs created in the United States, they are unable to exercise their exclusive rights as a result of the secondary transmission into Canada of the same programs when

broadcast on U.S. border stations carried by Canadian cable systems. Whether or not any action should be taken to strengthen operationally the normally exclusive rights purchased by Canadian broadcasters is left to the concluding chapter of this report. But, if any Canadian government action should be taken, it is worth contemplating whether the best instrument is copyright law or, say, CRTC regulation.

Current CRTC policy authorizes simultaneous program substitution. Under this practice, whenever a U.S. signal and a Canadian signal rediffused on a cable system carry the same U.S. origin program at the same time, the cable system is authorized to substitute the Canadian version including advertising on the American channel. In principle, the CRTC policy of simultaneous program substitution could be extended to include non-simultaneous substitution or deletion. Substitution could take place when the program is broadcast first by the Canadian station while deletion could take effect when the program is broadcast first by the American station.

However, copyright law would be a more appropriate instrument than CRTC regulation because program deletion and/or substitution entail the protection of formal legal rights to the fruits of creativity, which are ancient in their origin.[4] Copyright would be especially desirable from the perspective of Canada-U.S. relations because the protection of copyright is a principle of commerce which the American government could be invited to appreciate. The Government of Canada might even consider the possibility of extending provisions for program substitution or deletion to broadcasts rediffused across regions within Canada. If copyright law recognized the existence of regional broadcast rights in programs and if these regional broadcast rights were protected by a provision to authorize the substitution or deletion of programs rediffused across Canadian regions, the deletion or substitution of American broadcasts might not be viewed by the United States government as mainly protectionist or nationalist in intent. From the perspective of American perceptions of Canadian actions, the use of CRTC regulation to achieve program substitution/deletion is not highly desirable because the CRTC is viewed as more concerned to enhance Canadian program content than to protect legal rights.

PAYMENTS BY USERS

As suggested at the outset of this chapter, copyright is not the only possible mechanism for extracting payments from cable systems. In principle, cable systems could be required to pay special rates of income tax. A special excise tax could be imposed. However, neither special income tax rates nor special excise taxes would reflect fully the motivating purpose behind considering a licensing scheme, namely to uphold in broadcast rediffusion the general principle that users pay for the opportunity to use material created by others. Copyright law does reflect this general principle.

COMPENSATION TO CREATORS

Much the same argument can be applied to the question of compensation as to the issue of requiring payment for use. Creators -- broadcasters and/or the owners of specific rights in programs -- could be compensated for the rediffusion of their programs by means of the revenue from an excise tax pool created from contributions by cable sytems, by grants from the federal government or its agencies, by corporate income tax provisions, or by other means. A system of grants would not be a close analogue of copyright law because the allocation of grants entails an element of administrative discretion. An excise tax distribution scheme could be designed so as to be structurally similar to virtually any compulsory licensing scheme under copyright law. However, by its nature, copyright reflects best the principle of obligation which is one of the motivations for considering a rediffusion licensing scheme.

By its nature, copyright also reflects well the principle that the consumption of certain collectively valued goods and services should be encouraged. Because copyright law provides rewards to producers for certain specific patterns of consumption by the public, it may have different cultural consequences from those of other instruments of government. For example, grants and subsidies may stimulate the production of cultural goods and may reward competent applicants for assistance. But, grants and subsidies do not normally reward producers according to how widely their cultural goods have been consumed.

Encouraging consumption is vital to cultural and broadcasting policy for two reasons. First, Canadian creators contribute to Canadian culture and identity to the extent that their work is exposed to the Canadian public. This is not to suggest that artists who are appreciated by elite segments are less valuable than artists who appeal to the mass public. But, highbrow artists or creators who are admired by large portions of elite segments do more for Canadian culture than those who are unknown while popular artists contribute more to identity if they are indeed popular than if they are not. Secondly, artists, creators, and entrepreneurs who have demonstrated some success in Canadian markets are more likely to achieve substantial success in Canadian and international markets than artists, creators, and entrepreneurs who provide no evidence of previous marketability. Copyright is more effective and efficient than government subsidies and other devices as a means of channelling capital to artists, creators, and entrepreneurs who have achieved success and are likely to repeat it. Because of the high cost of technology, distribution, and marketing in the modern cultural industries, increased capital is a vital, albeit insufficient, condition for the flowering of Canadian culture.

ENCOURAGING CERTAIN KINDS OF CREATIVITY

Whether copyright is the best instrument for encouraging financially the production of certain kinds of programming depends to some extent on the type of programming to be encouraged. Two types concern us: Canadian programming, and independently produced programming irrespective of whether it is Canadian.

From the perspective of foreign policy, copyright might have been an effective instrument for encouraging Canadian programming along the lines of the Keyes-Brunet proposal if new Canadian legislation had been adopted before the U.S. **Copyright Act** of 1976. However, as suggested earlier in this report, the United States may well expect its own broadcasts to be protected under compulsory licensing in Canada because Canadian broadcasts are now protected under U.S. law. If the Government of Canada wishes to exclude completely the possibility of royalties being paid to owners of rights in American broadcasts, it might be wise to opt for an instrument other than copyright.

Copyright can be an effective instrument for rewarding and therefore for encouraging independent producers of television programming. Independent producers could be granted higher rates of royalty allocation per broadcast-hour than broadcasters under a scheme of compulsory licensing. The concluding chapter of this report considers the possibility of adopting the proposal made by the Economic Council of Canada in 1971 to protect non-commercial broadcasts. The concluding chapter considers the possibility of amending the Economic Council's proposal so as to authorize royalty payments to the independent producers of programs carried by non-commercial broadcasters in addition to and aside from the payments made to these broadcasters.

Because of the large proportion of non-commercial broadcasts which are Canadian and because this proportion will grow as the CBC discontinues advertising, the Economic Council's proposal would not entail an enormous external drain in royalties. Furthermore, the payment of royalties to independent producers of programs broadcast by American non-commercial stations (PBS) could be restricted to only those programs made by independent U.S. producers. The non-American independent producers of programs broadcast by PBS could be subsequently encompassed as a result of bilateral agreements between Canada and various other countries. Furthermore, insofar as PBS stations purchase many of their programs from foreign production houses closely linked to foreign broadcasters, the Government of Canada could consider defining independent producers in terms of independence from any broadcaster and not just from the specific broadcaster diffusing the program.

If Parliament adopts the Economic Council's proposal in the form described in our concluding chapter, some specific thought might be given to achieving a bilateral agreement with Great Britain. Because of the volume of British productions shown by non-commercial American and Canadian stations, independent British producers could stand to gain meaningful royalties. A bilateral agreement with Britain would necessarily require that Canadian broadcasts receive some form of copyright protection in Britain. It would also be desirable for such an agreement to relieve the stringent impediment to the use of Canadian programs on British television as a result of Britain's broadcast quota.

SUBSTITUTES OR SUPPLEMENTS

To this point in the chapter, excise taxes, government grants, and other instruments of policy have been treated as if they were potential substitutes for a rediffusion right in copyright law. However, the very idea of substitutionability or inter-changeability rests on two questionable assumptions: first, that policy instruments produce easily known and predicted outcomes; and secondly, that Canada's cultural and broadcasting objectives can be achieved by the use of one instrument -- or at least a very few -- rather than by many.

A noteworthy example of the need to employ many instruments to achieve an important policy objective is the federal government's quest to improve the socio-economic conditions of lower income people. This redistributive objective has entailed the use of income taxation, federal-provincial grants for health care, family allowances, support for public transportation, and so forth. Certain objectives of government require the use of many different instruments because of the significance and size of the objective and because given instruments do not always produce anticipated outcomes. For example, when family allowances were first introduced, they were justified by their proponents as support for lower income families while they were condemned by critics as undeserved support to the indolent and profligate. Yet, until family allowances were encompassed by income taxation many years later, family allowances were not redistributive in their effect. As tax-free income, they were worth more to the rich than to the poor.

Redistributive policy is vital to the integrity of any political system because of its role in keeping together people from different income strata. Likewise, cultural and communications policy are vital for Canada as a means of keeping together people belonging to different regions, ethnic and language groups in the country. A good case can therefore made that the Government of Canada should resort to many rather than few of the instruments reviewed in this chapter.

CONCLUSIONS

The central thesis of this chapter is that copyright law is not the only instrument which can be used to protect exclusive program rights, to compensate the owners of broadcast programs, or to achieve certain other related objectives. However, when copyright law is compared to excise taxes, CRTC regulation and other instruments, singly or in combination, copyright emerges as the most appropriate instrument.

The main reason for many countries to resort to analogues of copyright rather than to copyright itself is to avoid extending certain rights and benefits to non-nationals. The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works and the Universal Copyright Convention assure certain common rights to the citizens of all member countries with respect to certain works. Almost all those countries which provide a public lending right do so outside the framework of copyright law with the result that royalties need only be paid to nationals. However, as Keyes-Brunet have shown, broadcasts are not protected by the Conventions to which Canada has acceded so that Canada is legally free, even within copyright law, to protect only Canadian broadcasts. Furthermore, broadcasting is too salient a subject matter for it to matter greatly for Canada-U.S. relations whether Parliament sought to favour Canadian broadcasts by using a low-key instrument such as excise taxes or high profile copyright law.

For each of several specific policy objectives considered in this chapter, copyright emerged as the most suitable instrument. For example, payments could be allocated to the owners of rights in programs from a revenue pool created from an excise tax on cable systems in a manner analogous to that of a compulsory licensing scheme in copyright. However, excise taxes would not generate income from cable system revenue so that an excise tax scheme would reflect less well than a copyright scheme the principle that users should pay.

To offer another example, CRTC regulation could continue to be the main instrument for protecting the interests of those who own the Canadian rights to programs created in the United

States. The CRTC's policy of simultaneous program substitution could be enlarged to include non-simultaneous substitution/deletion. However, using CRTC regulation rather than copyright law to achieve this objective may not be a wise choice from the perspective of Canada-U.S. relations. The United States may be more prepared to see program substitution/deletion as a disinterested attempt to protect economic rights if it emanated from copyright law than if it emerged from the policy of the CRTC, whose motives could be perceived to be solely nationalistic and protectionist.

Finally, it is important to recognize that the right to rediffuse is only one of several broadcast rights which require the protection of Parliament. Keyes-Brunet recommend that the "originating broadcasting organization" of "Canadian broadcasts" be granted:

a) the right to record the sounds and/or images broadcast;
b) the right to use such a recording for:
   (i) broadcasting or diffusing
   (ii) causing the broadcast to be heard or seen in public
c) the right to rebroadcast the broadcast.[5]

The technological revolution associated with the development of the videodisc may bring about some enormous changes in the ways in which broadcasts will be used. The dramatic cost reductions associated with videodiscs suggest the possibility of enormous new secondary markets for broadcasts. For certain kinds of broadcasts, the videodisc market might compete in size with the secondary transmission or cable market. Even if many of the extravagant predictions of videodisc growth fail to materialize, the Government of Canada may need to consider establishing a licensing scheme specifically geared to the videodisc industry. Since the protection of broadcasts may require enumerating several specific rights and may also require separate compulsory licensing schemes for rediffusion and for videodisc, an equitable, organized, and non-chaotic solution requires such protection to be located within copyright law.

NOTES

1. **Copyright in Canada** is a very useful source of information on copyright practices in other national jurisdictions. On the public lending right, see pp. 118-23.
2. See the Canadian Bar Association brief to Consumer and Corporate Affairs, filed Nov. 30, 1979, pp. 7-13 and James Lahore, **Copyright** (Sydney, Australia: Butterworths, 1977). Former Counsellor to the World Intellectual Property Organization, Lahore observes categorically that "neither the Berne Convention nor the Universal Copyright Convention recognized a copyright in television and sound broadcasts." (p. 15).
3. For a discussion of the apparently inequitable treatment given Canadian interests under the U.S. Copyright Royalty Tribunal's administration of rediffussion licensing, see, above, chapter 7, **Administrative and Regulatory Issues.**
4. On the origin of copyright in early Jewish and in Roman law, see Edward J. Ploman and L. Clark Hamilton, **Copyright** (London: Routledge & Kegan Paul, 1980), pp. 6-8.
5. **Copyright in Canada.** p 107.

CHAPTER 10

Conclusions and Recommendations

by Robert E. Babe and Conrad Winn

CONCLUSIONS

This study was commissioned by the Department of Communications to assess, from the point of view of Canadian communications policy, the pros and cons of the Keyes-Brunet proposals for institution of a rediffusion right in Canadian broadcasts of Canadian program material, and to suggest alternative policies. In the process of undertaking these responsibilities, the consultants have also had to come to grips with the question of whether copyright **per se** is a suitable and appropriate tool through which to pursue communications policy, the specific recommendations of Keyes and Brunet aside.

Copyright, by structuring the right to reproduce or perform individual creations, constitutes both a means of securing reward to creators for previous production and also an inducement to further creative activity. All forms of economic activity, of course, are undertaken only within a system of legal rights to property; in these respects copyright is no different from other aspects of property law.

By Canadian communications policy, we understand in part that certain types of cultural activity, namely Canadian cultural creations, are to receive greater stimulation, reward and

exposure than is at present the case. Insofar as the system of copyright helps structure markets and incentives for all cultural creations, it is apparent that copyright is certainly a suitable mechanism whereby communications goals can be pursued.

Copyright law can be employed to determine not only how much cable systems must pay for the opportunity to rediffuse broadcasts but also how these royalties should be apportioned among contending interests. Indeed, it is vital for Canadian broadcasting and cultural policy to consider to which group or groups and in what proportion royalties should be distributed. The apportionment of this income will help determine what types of television productions, and in what quantities, will be undertaken in Canada in the future.

As was developed at length in Chapter 3, the present system of property in Canadian broadcasting (which includes copyright law) induces inadequate performance in light of the magnitude of the financial resources at the disposal of the industries concerned. Both the private sector of Canadian television broadcasting and the cable television industry are enormously profitable, but the private sector of the Canadian program production industry remains highly underdeveloped. The entities in Canada that have contributed substantively to the Canadian content obligations articulated in the **Broadcasting Act** are to be found in the public sector, but if given the opportunity, it is conceivable that independent producers too would contribute.

Under the current system of property, it is permissible for cable television companies to distribute, without compensation to copyright holders, programs being aired simultaneously by over-the-air broadcasters and to collect a fee from subscribing households for so doing. Furthermore, cable companies are free to erode the market exclusivity of program rights purchased by local stations through their importation of distant signals, except in those instances where local and distant stations are **simultaneously** diffusing identical programming; this latter restriction is attributable to CRTC regulation, however, not copyright law. Cable companies are not authorized to videotape for subsequent rediffusion or otherwise television programming in the absense of contracting with the rights' holder. Regulatory

policy (as opposed to copyright legislation) prohibits cable companies from stripping the commercial content from broadcasts and substituting their own commercial messages. However, it appears that current copyright law (in the absence of regulatory prohibition) does not preclude such commercial deletion and substitution.

For a number of reasons - lack of copyright liability, monopoly status, absence of profit regulation, as well as public popularity - cable operations are highly profitable. We estimate pre-tax earnings accruing to the industry over and above the cost of attracting new investment funds to have been $20 million in 1977 and $29 million in 1978. As new services are added, as penetration increases, and as more rate increases are approved, cable industry profitability could well increase substantially over the long-term.

With regard to private television broadcasting it was noted that market forces, as given by the current system of property, do not work towards the fulfillment of the objects contained in the **Broadcasting Act.** Irrespective of whether one looks at diversity in program offerings, scheduling practices, employment, audience statistics, or program procurement practices, the conclusion stands out that public broadcasting remains the most effective way of pursuing the Canadian content goals set for broadcasting.

Due to market foreclosure, Canada is largely deprived of accessing the creative talents of independent production companies. In the absence of fundamental industry restructuring, it is unlikely that the private sector of Canadian television broadcasting can be induced to remedy this deficiency. Again, the most promising solution lies in procurement of independent productions by the CBC and provincial broadcasting undertakings. (As a matter of principle, however, the authors would welcome independent productions on CTV and other private sector undertakings).

We noted in some detail two major proposals to invoke cable copyright liability for broadcast rediffusion. Keyes-Brunet recommended invocation of a "rediffusion right" whereby copyright

protection would be provided "by means of a right to rediffuse, to Canadian broadcasts incorporating Canadian program material". The Economic Council of Canada recommended that cable copyright liability be invoked in instances where non-commercial programming is rediffused, and where commercial deletion and substitution is carried out in the case of commercial programming. Neither the Keyes-Brunet nor the Economic Council recommendations addressed the issue of exclusivity of program rights in the face of cable importation of distant signals, an issue which was a major concern of the Clyne Committee.

A distinguishing feature of the Keyes-Brunet position is that copyright payments for rediffusion would not be made to U.S. interests. Restricting the outflow of royalties may be desirable from the perspective of a narrow, short-term notion of Canadian self-interest. Depriving the U.S. cultural sector of revenue from rediffusion in Canada may have a certain practical justification because Canada is already a large supplier of royalties to the United States and because not all of these royalty transfers result from the free and unhindered flow of cultural goods across the border. The longstanding "manufacturing clause" in U.S. copyright law is one of the better known examples of efforts to impede the free flow of cultural trade in order to give advantage to American enterprises. However, an analysis of the issue which is rooted in ethics and morality might conclude that Canada ought nonetheless to recognize in law U.S. copyright interest.

The prime reason cable companies have been so successful financially is the rediffusion of American television signals, and this fact gives moral justification to the argument that compensation should be paid. Furthermore, although Keyes and Brunet are correct to note that Canada's international copyright treaty obligations do not specifically encompass broadcasting, non-discrimination as to country or origin is a predominant feature of international copyright treaties. Canadian foreign policy has traditionally concerned itself with the development of order and fairplay in the international community. Given these complexities and differences in perspective, different positions could be taken with respect to whether it is moral or in Canada's

true interest to exclude Amerian enterprises in whole or in part from the benefits provided by a rediffusion right in Canadian law.

Apart from moral questions and international principles, one may further ask if the Keyes-Brunet proposal is the most efficacious method for making the most of Canada's special relationship with the United States. The United States now has in place a copyright system which in principle treats copyright material in rediffused Canadian broadcasts in much the same manner as equivalent American material. Two years after the publication of **Copyright in Canada**, the Canadian Broadcasting Corporation became a claimant under the U.S. system. Although CBC Radio has been assigned no royalties and although CBC Television's anticipated royalties are a small portion of what it had reason to expect, the Corporation does nonetheless anticipate receiving some royalties. To the untrained eye, the American law may look eminently reasonable and fair while the Keyes-Brunet proposal, in its simplicity, may seem discriminatory. Chapter 7, above, on **Administrative and Regulatory Issues**, suggested that the administrative details of the American copyright system discriminated strongly against Canadian interests, but administrative details are often overlooked or are poorly understood. If the Keyes-Brunet proposal were enacted, the in **principle** discrimination of Canadian law might become a contentious bilateral issue rather than the **in practice** discrimination of U.S. law. In international diplomacy as in other aspects of life, a good offence is often worth substantially more than a good defence.

The Economic Council's proposal for payments with respect to all rediffused non-commercial broadcasts does not entail discrimination against U.S. interests. The Economic Council's proposal therefore does not affront moral axioms or foreign policy concerns to avoid discrimination by nationality. In practice, U.S. Public Broadcasting System stations whose programs are rediffused in Canada would receive royalties. Because PBS stations are a small minority of all stations whose programs are rediffused in Canada, particularly if local rediffusion is included, the royalties leaving the country would be a small share of all those paid by Canadian cable companies.

In our view, the Economic Council proposal is advantageous insofar as it is non-discriminatory, it is relatively unprovocative in foreign relations, and most rediffusion royalties would remain in Canada. Nonetheless, there is an even more fundamental question to consider, namely the objectives of Canadian communications policy.

Keyes-Brunet propose that copyright payments be made to broadcasters, both commercial and non-commercial. For any given program broadcast on television and rediffused by cable, there are normally many different owners of copyright material. The American rediffusion experience suggests that uncertainty, conflict, and litigation may increase substantially as a result of an increase in the number and types of claimants authorized in copyright legislation. The Keyes-Brunet proposal to grant a rediffusion right only to broadcasters is not unreasonable.

However, the idea of requiring that payments be made to commercial as well as to non-commercial broadcasters may be ineffective from the point of view of Canadian communications policy. Payments to commercial broadcasters will induce more and better Canadian programming only to the extent that such funds are actually devoted to program production. It would be difficult to ensure that such funds were used for this purpose unless a fundamental restructuring of private television broadcasting took place. In Chapter 3, **Property Rights in Broadcasting**, we noted the continuing co-existence of supranormal profits in private Canadian television broadcasting and underdevelopment in private sector program production.

The Economic Council of Canada's distinction between commercial and non-commercial television is useful because it reflects the realities of different patterns of behaviour in public and private television as they operate under the present system of property. Public broadcasting has fulfilled much more adequately the Canadian content objectives of the **Broadcasting Act** than has private broadcasting. There exists no convincing evidence that this pattern of performance will change.

Copyright payments to public broadcasters are likely to be devoted to programming. These additional revenues are unlikely to be siphoned off into diversifications, dividends or inflated

prices for acquisition of broadcasting undertakings, which could be the case if these payments were made to private broadcasters. Furthermore, the federal government's goal of encouraging independent program production is more likely to be met by directing funds to and through public broadcasting as opposed to commercial broadcasting. As a practical matter we see little to be gained from a simple transfer of funds from one profitable industry to another in the absence of a significant likelihood of improved programming performance. This is a principal weakness of the Keyes-Brunet recommendations.

At this point, we turn from the question of the financial benefits which a rediffusion right may provide and address the issue of market exclusivity. The threat to the exclusive market rights purchased by broadcasters is multi-faceted. A traditional problem is that exclusive market rights, duly purchased by conventional broadcasters, have frequently been violated by the importation of programs by cable. Technological development may exacerbate the problem in the years to come.

The conjunction of communication satellite technology with locally enfranchised cable systems throughout the country makes possible and likely the advent of new, national broadcasting entities originating programming from a single geographic point. Their national coverage will permit such entities to compete for exclusive program rights with existing conventional broadcasting stations and networks. Under current copyright law, conventional terrestrial broadcasters would probably not be precluded from trapping signals from satellites off air via earth stations and rediffusing the programs simultaneously on their own facilities without copyright payment. The free appropriation of satellite signals for broadcast is analogous to cable's free appropriation of broadcast signals for cable rediffusion. The question of copyright protection for the market exclusivity of programming should be understood in this dual context.

If a revised Copyright Act grants an exclusive rediffusion right to those who package and distribute programs by satellite, precluding the unauthorized and/or uncompensated rediffusion of satellite signals by terrestrial entities such as broadcasters, the continued existence of some or many land-based networks and

stations may be threatened by the superior coverage available to satellites. On the other hand, if satellite distributors and packagers are not accorded an exclusive rediffusion right, they themselves may become financially non-viable as "unauthorized" use of their material becomes widespread. It would be unjust to grant an exclusive rediffusion right to satellite-distributed program packagers without according a similar right to traditional broadcasters faced with cable importation and rediffusion.

We take the position that exclusive rights should be invoked in future copyright legislation in order to assure the development of an orderly marketplace for both satellite packagers and terrestrial broadcasters. The free appropriation of programming for rediffusion, as permitted under the current **Copyright Act**, threatens chaos in the years to come.

We are concerned that the viability of many terrestrial broadcasters, especially the small, could be threatened by the licensing of new satellite-distributed program packagers with exclusive program rights. Local media outlets are essential for democracy and cultural life to flourish at the local level. However, we do not consider the continued non-enforcement of exclusive rights to be an appropriate response to this dilemma.

Responsibility for ensuring the persistence of local media outlets lies with regulation and several other instruments of government, but not with copyright law. The CRTC possesses the authority to determine how many program packagers will be allowed access to satellites and under what conditions. It also has authority over the rediffusion of satellite signals by cable. The CRTC will have to weigh the threat to local stations occasioned by satellite networking against the merits of these new services. The potential demise of local broadcasting can also be considered in the context of the continuing decline of the local press. Combines law, tax policy and other instruments are available to the federal cabinet if it wishes to encourage the presence of autonomous media outlets at the local level.

RECOMMENDATIONS

(a) We recommend a system of compulsory or statutory licensing for cable rediffusion television broadcasts whereby royalties from cable systems would be determined as a percentage of gross revenue. This percentage should be substantial (initially, perhaps 20 percent of gross revenue)[1] and should be adjusted each year by an administrative tribunal or appeal board so that the bulk of earnings surplus to the capital attraction requirements of the industry flow to the broadcasting and program production sectors. The percent of revenues could be based on a sliding scale according to a formula incorporating the size of a cable system and its penetration. In view of the monopoly character of the cable industry, there is little justification for the retention by cable of funds surplus to capital attraction. And, given the economic use made of television signals by cable, we believe that cable should contribute to the objectives outlined in the **Broadcasting Act.**

(b) We recommend that royalties from each cable system be distributed to non-commercial broadcasters and to independent producers whose programs are diffused by non-commercial broadcasters according to the following point system. Each broadcaster would be credited with one (1) point for each hour of **internally** produced and unsponsored programming which is rediffused by a given cable system. Each broadcaster would be credited with three (3) points for each hour of **independently** produced and unsponsored programming which is rediffused by a given cable system. Each independent producer would be credited with seven (7) points for each hour of unsponsored programming on non-commercial television which is rediffused by a given cable system.

At monthly intervals, the total copyright royalties owed by each cable system as calculated as a percent of gross revenues would be distributed to qualifying broadcasters and independent producers. Canadian and

foreign (i.e. U.S.) non-commercial broadcasters and Canadian and foreign (i.e. U.S. and others) independent producers would receive royalties from each cable system in direct proportion to the points earned with respect to the given cable system.

Suppose a cable system earned $100,000 a month in gross revenues and the copyright liability percentage were set at 20 percent. Total copyright payments would accordingly be $20,000. Suppose the cable system retransmitted the signals of three non-commercial broadcasters, who provided 100 hours of commercial-free, in house programming and an additional 4 hours of commercial-free independent productions. The broadcasters would earn (100 hrs. x 1 pt.) + (4 hrs. x 3 pts.) = 112 points. The independent producers would earn (4 hrs. x 7 points) = 28 points. Together, broadcasters and independent producers would earn a grand total of 140 points with respect to that cable system in that month. The revenues per point become $20,000/140 = $142.86. Revenues accruing to the broadcasters would be (112 pts. x $142.86)=$16,000.32. Revenues to the independent producers would be (28 pts. x $142.86) = $4000.08.

It is reasonable to expect that musicians, actors, writers and other creative elements would exert a claim on these funds in negotiating with broadcasters and producers. Assigning seven points to independent producers and three points to non-commercial broadcasters for each hour of independently produced, commercial-free programming has the effect of encouraging the use of independent productions. If Canadian cable system rediffused the signals of only one non-commercial broadcaster, the proposed point system would not provide an incentive for the use of independent productions. However, virtually all cable systems carry at least two non-commercial broadcasters, and more rather than fewer such broadcasters are likely to be carried in the future. When cable systems rediffuse the programs of more than one non-commercial broadcaster, the proposed point system offers a tangible financial incentive for using independent productions.

(c) With respect to administrative details, we recommend that independent producers be rigorously defined as independent of broadcasters. Hence, even if a producer constituted a separate corporate entity, it would not be treated as independent if this entity were owned by a broadcaster.

(d) We recommend that a revised **Copyright Act** provide for the principle that foreign broadcasts and independent producers in respect of these foreign broadcasts be encompassed in the statutory licensing scheme proposed above. However, we recommend that cable systems only become functionally liable for royalties to broadcasters and independent producers located in foreign jurisdictions after the federal government has satisfied itself that Canadian broadcasting interests have been treated equitably in the given foreign jurisdiction and after an appropriate order-in-council has been issued. With respect to the United States, cable systems would not be obliged to pay royalties for the retransmission of PBS broadcasts and for the retransmission of independent U.S. productions on Canadian or American non-commercial broadcasts until the federal government was satisfied with the treatment of Canadian interests under the U.S. copyright licensing scheme. In a similar vein, royalties would not be transferred to independent British producers whose programs are carried on rediffused non-commercial broadcasts until the federal government was satisfied with the treatment of Canadian interests under British jurisdiction. The federal government might consider offering rediffusion benefits in exchange for a less unfavourable treatment of Canadian program producers under the British quota system.

(e) We recommend that the **Copyright Act** enforce contractual arrangements regarding program exclusivity against both unauthorized cable importation of distant signals and broadcast rediffusion of satellite signals. Cable companies would be required either to delete distant stations during time periods when such stations carried

programming for which a local station had acquired an exclusive right, or at the cable company's option to purchase the right to rediffuse this program from the local rights' holder. Likewise, local broadcasters would be precluded from rediffusing cable originated programming being distributed by satellite without authorization.

(f) We recommend that cable copyright liability be invoked in all cases where commercial deletion and substitution takes place, but that commercial deletion and substitution be authorized (by the CRTC) only for Canadian programs broadcast on Canadian stations.

IMPLICATIONS OF RECOMMENDATIONS

It will be noted that we have adopted the recommendations set forth by both the Economic Council of Canada and the Consultative Committee on the Implications of Telecommunications for Canadian Sovereignty (Clyne Committee). The Economic Council recommended invocation of cable copyright liability for rediffusion of non-commercial television programs and of commercially sponsored programs subject to commercial deletion and substitution. The Clyne Committee recommended invocation of exclusive rights against cable importation of distant signals.

We assess the implications of the foregoing recommendations from the standpoints of Canadian and American non-commercial broadcasters, independent producers, Canadian commercial broadcasters, cable companies, viewers, and the objectives of the **Broadcasting Act**.

Non-commercial broadcasters. This group is favoured by the proposals in a number of ways. First, it benefits directly from cable television copyright payments, each station directly in proportion to the ratio of non-commercial programing rediffused by cable. (Under our proposal, non-sponsored pay television programing could qualify also, but our main intention is that copyright payments be made for non-commercial programming distributed free of direct charge to subscribers).

Furthermore, insofar as copyright liability is invoked for commercial deletion and substitutions, non-commercial broadcasters would benefit from the portions of their schedules containing commercials to the extent that copyright payments exceeded the commercial value of distant audiences.

Under this proposal, the CBC is given added incentive to reduce its commercial activities[2] and new non-commercial networks (such as provincial communications broadcasting) can be expected to receive stimulation.

Independent producers. This group will gain from the proposal to the extent that such producers are able to receive distribution on non-commercial stations and networks. We do not recommend that independent productions that are commercially sponsored receive any copyright payments, since (a) Canadian independent productions carried by Candian commercial broadcasters are likely to be of low complexity and low quality due to the system of incentives characterizing commercial television in Canada, and (b) the bulk of the funds would accrue to American producers whose programs are carried on American and Canadian stations.

Canadian commercial broadcasters. This group gains from our proposals in a number of ways. First, insofar as the CBC is given added incentive to reduce its commercial content, advertising revenues to commercial broadcasters can be expected to rise.

Secondly, insofar as we recommend enforcement of program exclusivity against cable television's signal importation, commercial broadcasters will benefit.

Thirdly, copyright protection against commercial deletion and substitution should be welcomed by commercial broadcasters. If such deletion and substitution were applied to their Canadian originations, they would stand to gain financially from the situation in which no deletions and substitutions take place.

Viewers. Canadian viewers stand to gain both from the decrease in commercial activity of the CBC and from the increase in independent productions made available.

The possible deletion of distant signals in order to protect program exclusivity rights could prove to be annoying, assuming cable companies fail to negotiate the rights to rediffuse such programs at those times. Furthermore, some increase in cable subscription rates is to be contemplated, although the consultants feel strongly that much revenue can be diverted from cable companies into program production in the absence of rate increases.

Cable companies. Since cable companies are the source of revenues, they may object to some of these proposals. Insofar as cable television is enfranchised on a monopoly basis, one would ordinarily expect public utility-style regulation to have been invoked, with the accompanying complications regarding rate hearings, supervision of construction programs, and so forth. Such has not been the case. We propose instead that cable copyright liability be invoked. In this light, the cable industry may well perceive that it is getting good treatment compared to the alternative.

Furthermore, the cable industry should be gratified that our recommendations regarding program exclusivity will pre-empt unauthorized use of their pay-TV signals and other programming. In recompense for this, it seems only just that cable be required to reciprocate by honouring the program exclusivity claims of traditional broadcasters.

Finally, through our commercial deletion and substitution suggestions, cable companies gain the opportunity to seek additional revenues by selling local advertisements within programs of distant stations, provided they contract with the distant stations to so do.

Broadcasting Act. We consider the foregoing recommendations to be beneficial from the point of view of the aims of the **Broadcasting Act.** First the proposals lend added stimulus to public broadcasting in Canada. Public broadcasting remains the most effective way of pursuing the nation-building objectives of the **Act.**

Secondly, the proposals create a stimulus for the independent program production industry. This goal, while not articulated explicitly in the **Broadcasting Act**, is known to have been accepted by policy-makers in the Canadian government.

Thirdly, for reasons noted above, the proposals strengthen the financial resources of the private sector of Canadian broadcasting, protecting programming rights which at the same time opening up new financial opportunities. This is achieved without unduly weakening the cable television industry, and indeed, as compared to the policy alternative of public utility-style regulation (as recommended by the Clyne Committee) our proposals may be favoured by that industry.

Other factors. Our proposals seem to be in accord with long standing government policies respecting cultural industries generally (see Chapter 5); to be promotive of international harmony (see Chapter 6); and to be administratively simple. (Chapter 7).

A PARTING REMARK

Our study was commissioned by the Department of Communications to evaluate the pros and cons of the Keyes-Brunet proposal for a rediffusion right in Canadian broadcasts. The Keyes-Brunet report, **Copyright in Canada**, goes well beyond cable rediffusion issues in its survey of copyright. Their report is of singular importance as a source of information and recommendations for copyright policy, and we are convinced that the Government of Canada is advised to give full consideration to many of their recommendations. Nonetheless, the consultants have found that it would be undesirable for the Government to implement the specific recommendations of Keyes-Brunet in the area of cable copyright liability for broadcast rediffusion. We have reached this conclusion for a number of reasons.

The distinguishing characteristic of Keyes-Brunet in this area is that, by creating a right in Canadian broadcasts, all copyright payments can be retained in Canada without violating the letter of international treaties. This distinguishing

characteristic, however, may lead to international difficulties, even while doing little in improving the performance of Canadian broadcasting. Moreover, it would go part way in violating an historic principle of Canadian communications policy, namely the public property nature of radio frequencies.

On the other hand, our proposals are in accord with both the letter and the spirit of international copyright conventions since we advocate non-discrimination as to nationality in broadcasts. Our proposals provide a direct stimulus to the Canadian independent production industry. They recognize the disparities in goals and performance of Canadian public and private broadcasters. They are easy to administer. They maintain in law the principle that radio frequencies are public property.

Broadcasting practice in Canada at the present time stands in strong contrast to the idealistic goals proclaimed in the **Broadcasting Act**, to wit:

> Broadcasting in Canada should safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada.

We believe the suggestions put forth above would help resolve the conflict between intent and practice.

NOTES

1. It was noted in Chapter 4 (table 4) that private sector television broadcasters spend over 40 percent of revenue on programming while the CBC devotes 80 percent of revenue to programming. In this light it does not seem unreasonable to required cable companies to contribute 20 percent of gross revenue to program development. In the absence of television production, they would receive no revenue at all. Chapter 4 also estimated the extent to which revenues accruing to the cable industry have been and are likely to remain over and above the level required for capital attraction. We recommend that the cable industry contribute to public purposes through copyright liability instead of through public utility-style regulation.
2. Since cable systems rediffuse non-commercial programs originating with entities other than the CBC (such as TV Ontario and PBS), the CBC would have incentive to increase its proportion of non-commercial programs in order to attain a larger proportion of the copyright "pot".

APPENDIX I

Efficiency and the Allocation of Property Rights

by Robert E. Babe

In Chapter 2 we noted that the criterion of economic efficiency provides no guidance whatsoever as to the optimal allocation of property rights. However, some fairly sophisticated economic theories have been constructed which might be seen as countering this statement. This appendix, therefore, explores the issue in greater depth.

It has been held by classical and neoclassical economists since the time of Adam Smith that the pursuit of self-interest by individuals, as facilitated by the institutions of private property and exchange, leads to the material well-being of society as a whole; through specialization, or the "division of labour", the output of society is maximized and, through exchange, these outputs flow to their most valued uses. Each producer produces more of his specialized output than he wished to himself consume in the knowledge that he can exchange his product for the output of others specialized in different occupations; and the expertise entailed in such specialization maximizes the 'wealth of nations'.

The foregoing doctrine in and of itself gives no indication, however, as to which distribution of property rights will maximize the wealth of nations. As noted previously, property

rights can seldom be exclusive due to the mutual interdependency of claims. It was this realization that spawned the literature on "externalities". Externalities are social costs and social benefits not included in the calculus of the profit maximizing firm in determining its level of output, and are of two types: public goods and ownership externalities. We shall consider each in turn.

Public goods. Markets, or exchanges of private property, are said to be ineffective in promoting the wealth of nations in the case of public goods. Public goods, also termed social wants, are defined as those goods, services or wants (1) for which it is impossible or costly to exclude from benefiting those who choose not to pay, and/or (2) for which the use or consumption of the good by one does not subtract from, and may even add to, the use or consumption by others.[2] The two definitions just given are closely related but are not synonymous.

The difficulty inherent in using markets in cases where use or consumption by one does not subtract from use by another (eg. telephone switching centres in off-peak hours; transportation facilities with excess capacity; television broadcasting signals) is that there are opposing criteria by which to allocate. On the one hand, it is inefficient to exclude non-payers since there is little or no cost associated with further use of the facilities (up to the point of capacity) and such non-payers would obtain benefits therefrom. On the other hand, in the absence of monetary reward, the producer will have no incentive to provide the goods, services or facilities in the first place or to extend their supply. There is no unequivocal market solution to this paradox.[3]

In those other instances where it is prohibitively expensive or impossible to exclude non-payers from benefiting (definition 1) we have "pure" public goods. Everyone benefits from national defence, sanitation, social order and so forth. To charge only those willing to make known voluntarily their demand for such goods, services, conditions or facilities would lead to undersupply. Such goods must be generally supplied by society itself and funded through taxes. It becomes problematic,

however, as to devising criteria by which to judge the quantities that should be supplied.

Ownership externalities. These arise when there is interdependency among proprietary claims. The damage inflicted on a farmer's crop from engine sparks is a cost that the railroad will not consider in determining its level of output, unless it is made liable for such damage through law (that is, an explicit restriction on its proprietary claims). Similarly, the damage a cable television system may (or may not) inflict on over-the-air broadcasters through the importation of distant signals is not a factor it will consider in determining the number of signals it will import, unless it is made liable for such damage through law. Cancer causing agents in the work place, acid rain and so forth are other pertinent examples.

It was Ronald Coase who demonstrated, however, that in the absence of transactions costs (that is, the costs associated with contracting), and under the assumption that the distribution of wealth does not affect resource use,the initial apportionment of property rights (whether to the farmer or the railroad, whether to the television broadcaster or to the cable company) will not affect what use ultimately prevails.[4] If the legal right is vested with the railroad, the farmer is at liberty to contract with the railroad to control the emission of sparks by offering it a sum of money equal to or less than the damage he experiences from uncontrolled emission of sparks. Likewise, if the right is vested initially with the farmer, the railroad would have incentive to compensate the farmer for the damage it wishes to inflict on him, in order to attain this right, provided this is the least cost solution for the railway. In either case, "the efficient, or value-maximizing, accommodation of the conflict [it is asserted] will be chosen whichever party is granted the legal right to exclude interference by the other."[5]

Despite such soothing reassurance to the contrary, however, the initial assignment of property rights is indeed important. First, transaction costs may be high, precluding contracting among the affected parties, thereby causing the externalities to persist. For example, there is a high cost in contracting with a multitude of rights' holders. "In the presence of heavy

transactions costs, exclusive rights, whether to pollute or to be free from pollution, are likely to promote inefficiency."[6] Furthermore, for transactions to take place, there must exist a certain amount of knowledge on the part of both parties. Such is not always the case. Workers who contract cancer from the work environment may not become aware of their plight until 20 years after they are first employed.

But more fundamentally, the assignment of rights will affect what is produced and society's valuation of final outputs. For example, a paper mill not liable for pollution may spew mercury into the water and in the process endanger the health and lives of native fishermen; if made liable for this pollution, the health of the fisherman may be protected but the factory may go out of business and reduce employment in the process.

Therefore, the notions of efficiency and wealth maximization take on meaning only within the context of a given distribution of income and system of property. But, such being the case, economists who beg the question (as they must) as to what constitutes the "best" distribution of income and property become constrained in making objective policy recommendations since all recommendations will affect the distribution of income and property. It can be seen, then, that the whole system of theoretical economics takes on an air of indeterminancy and circularity; it is built on a cloud of mist. There are many mixes of final outputs that would be "efficient" and "maximize" wealth, each associated with a different income distribution and different system of relative property rights. It is clear that the distribution of relative rights today helps determine the shape of society tomorrow. Property does more than give title to an income stream. It helps determine what men shall acquire. Given a different distribution of income, different things would be acquired. In other words, society's valuation of its wealth will depend upon the distribution that exists, and the distribution that exists will determine (in part) the components of society's wealth.

It was the mathematician Kurt Godel who proved that no mathematical system is self-sufficient onto itself. Godel's Incompleteness Theorem states that "all consistent axiomatic

formulations of number theory include undecidable propositions;"[7] that is, in order to prove certain axioms in a consistent mathematical system, one is forced to step outside or enlarge the system, a never-ending process.

Need we be surprised, then, that the economic system is also circular and hence indeterminant? In order to make decisions respecting the relative rights that should exist in our economy, it is necessary to try to "step out of" the economy for the criteria. It is then unambiguously clear that ultimately economic "science" rests on highly subjective judgements. While it is correct to say that property is the means by which society pursues its ends or by which some of the members of society pursue some of their ends, these very ends themselves are in part dependent upon the system of property. Ultimately, political and moral choices must be made, but these will probably be influenced to greater or lesser degrees by the existing economic order.

NOTES

1. See E.J. Mishan, "The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay," **Journal of Economic Literature,** IX (March, 1971) 1, pp. 1-28.
2. See Richard Musgrave, **The Theory of Public Finance: A Study in Political Economy,** (New York: McGraw-Hill, 1959); and C.E. Ferguson, **Microeconomical Theory,** 3rd ed., (Homewood: Irwin, 1972) p. 499.
3. See Alfred E. Kahn, **The Economics of Regulation: Principles and Institutions, Vol. 1, Principles,** (New York: Wiley, 1970), Chapter 4; also Jora R. Minasian, "Television Pricing and the Theory of Public Goods" and Paul A. Samuelson, "Public Goods and Subscription TV: Correction of the Record," **Journal of Law and Economics,** VII (October, 1964).
4. Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", **Journal of Law and Economics** 3 (1960) 3.
5. Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law,** p. 17.
6. **Ibid.,** p. 25
7. Douglas R. Hofstadter, **Gödel, Escher, Bach: An Enternal Golden Braid,** (New York: Basic Books, 1979), p. 17. See also Jacob Bronowksi, **The Origins of Knowledge and Imagination** (New Haven: Yale University Press, 1978), pp. 67-89.

APPENDIX II

An Analysis of *Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons*

by Robert E. Babe

INTRODUCTION

It is prescribed in the terms of reference for this study for the consultants to address the paper by S.J. Liebowitz entitled **Copyright Obligations for Cable Television: Pros and Cons**[1], that study being one of a series of papers commissioned by the Research and International Affairs Branch of the Department of Consumer and Corporate Affairs as input into the process of revising the **Copyright Act.**

At the culmination of his analysis, Prof. Liebowitz arrived at the following public policy conclusion pertaining to the desirability of invoking copyright liability for cable television rediffusion of broadcasts:

> Our conclusion is that Cable has influenced the transmission mechanism in such a way that advertising rates have gone up and therefore there is no need to impose copyright liability on Cable television owners... There is no justifcation for imposition of copyright payment on Cable systems.[2]

In this Appendix we develop our reasons for disputing the policy conclusion quoted above. We find that the foregoing conclusion depends both upon a number of ideological assumptions which the present authors do not share and also upon a number of technical assumptions which may not be valid. Before developing these points, however, we present a brief summary of the Liebowitz study.

SUMMARY OF THE STUDY

It is Professor Liebowitz's position that cable copyright liability is required if and only if cable television decreases revenues in the North American context by adversely affecting the pre-existing link between audience size and advertising revenues. Broadcasting revenues bear some direct relation to audience size. The existence of cable television could conceivably change that relationship. If cable changes the relationship in such a way that an audience of a given size is worth less to a broadcaster, then and only then (it is held) should cable copyright liability be introduced. While it is agreed that cable could adversely affect broadcasting revenues in other ways, such other effects (it is held) are not of importance as regards copyright.[3]

The author suggests four ways in which cable television could conceivably affect the link between audience size and broadcasting revenues: market fragmentation; strengthening larger and weakening smaller stations; changing directly viewing habits; and audience segmentation. We summarize now these possible effects.[4]

Market fragmentation occurs when local viewers opt for distant signals imported by cable. If local audiences are valued more highly by advertisers than are distant audiences, cable could cause a deterioration in the audience size-advertising revenue link by causing a decline in local audiences, even given an equivalent gain in distant audiences.[5]

Secondly, if the relationship between audience size and advertising revenues is non-linear, then advertising revenues

could decline if larger stations gain audience from smaller stations due to cable importation of signals.[6]

Thirdly, cable television, by making available increased channel choice could cause total viewer time spent watching television to increase, in which case cable will increase broadcast revenues.[7]

Finally, by segmenting audiences among specialized program types (due to greater diversity in program offerings), cable could also segment audiences as to advertising messages, causing a closer correspondence between advertisements and the audience for whom such advertisements are "targeted". In this way, cable could increase advertising revenues.[8]

The author then proceeds to test these four hypothesized effects of cable television on the audience size/advertising revenue link by means of an econometric model. As the major dependent variable, the author employs prices charged for advertising time ("rate card") as a proxy for broadcast revenues. As the independent variable, the author employs weekly viewing hours per capita in city, percent of homes using cable in a city, demographic variables pertaining to income and employment and so forth, weekly local viewing man hours, weekly distant viewing man hours, audience segmentation (or Herfindahl index), and others. However, the key independent variable is the Herfindahl Index, defined as "the sum of the squared market shares, when market share for a firm [station] is the percentage of the market output [viewing hours] which that firm supplies."[9]

On the basis of econometric techniques, the author concludes that (a) local audiences are worth more to advertisers than distant audiences; therefore fragmentation of audiences through cable decreases advertising revenues;[10] (b) the relationship between audience size and advertising revenues is not linear, implying that cable could decrease advertising revenues to the extent that large stations gain new audience at the expense of small stations;[11] (c) that cable television increases viewing time, thereby increasing broadcasters' revenues; (d) that cable television increases the effectiveness of television as an advertising medium, thereby increasing broadcasters' revenues; (e) overall, the author concludes:

> Our conclusion is that Cable has infuenced the transmission mechanism in such a way that advertising rates have gone up and therefore there is no need to impose copyright liability on Cable television owners.[14]

ANALYSIS - IDEOLOGICAL ASSUMPTIONS

Professor Liebowitz makes a number of interrelated ideological assumptions concerning both copyright and the role and nature of broadcasting in Canada from which he concludes that copyright liability is required if and only if cable television decreases the link between advertising revenues and television viewing audience size in the North American context.

First, copyright is perceived as being a monopoly right, and is to be resisted unless persuasive arguments can be found to justify it.[15] We have already disputed the claim that copyright is monopoly (see Chapter 4).

Secondly, it is assumed that the present system of television broadcasting in Canada is working well, and that policy action, if required, should be directed only toward maintaining the status quo rather than seeking improvements.[16] In advancing the assumption that the present system is "working fine", the author puts forth two other sub-assumptions; first, little or no value is ascribed to **Canadian** broadcasting **per se**; second, the advertiser-financed system of broadcasting is assumed to be efficient. We address now each of these sub-assumptions.

That the author is largely unconcerned with the impact of cable on Canadian, as opposed to North American, broadcasters is apparent from the thrust of the study which is addressed to the latter question. Indeed, only three pages of the entire study are devoted to the topic of cable's impact on Canadian broadcasters. Furthermore, the author's statements that

> If Canada could reduce its copyright payments to zero (say by eliminating all Canadian broadcasters), it could free ride

> entirely on the American coattails; Canadians could still watch television thanks to CATV [17]

could indicate that the author does not give recognition to the special importance with which broadcasting in Canada is held by policy-makers.

Furthermore, Professor Liebowitz contradicts his own findings regarding the inefficiency of the advertiser-based system of broadcasting by subsequently assuming that "the present system is working fine prior to the introduction of CATV television."[18] The initial argument of his paper is that advertising is a very inefficient way of financing broadcasting.

These assumptions are instrumental in the author's conclusion that no cable television copyright liability should be introduced. It is clear that if one assumes that copyright is inherently undesirable, that no value should be given to Canadian broadcasting **per se**, that the current system of broadcasting is working well, and that government policy should be limited to protecting the **status quo** rather seeking improvements, one could very well conclude that cable copyright liability should be invoked if and only if cable television erodes the revenues of North American broadcasters considered collectively.

On the other hand, if one assumes that copyright is a property right not dissimilar to other property rights and bearing little ressemblance to monopoly, that Canadian broadcasting does have value and should be encouraged, that the present system is not working well for reasons discussed in Chapter 3, and the government should direct attention to seeking improvements in the current system rather than simply trying to preserve the **status quo**, one could reasonably take a different position on the desirability of cable copyright liability.

ANALYSIS - METHOLOGICAL ASSUMPTIONS

The author also makes a number of methodological assumptions pertaining to his empirical analysis of the impact of cable television on North American broadcasters. In this section we

will address two of these assumptions: prices (rate card) as a proxy for revenues, and the Herfindahl Index.

Prices as a Proxy for Revenues. To analyse the impact of cable television on the financial position of North American broadcasters, the author regresses "rate cards", that is, the list prices of television stations for their inventory of advertising time, against a number of "independent" variables with a view to determining the impact of these independent variables upon prices. This exercise is valid only insofar as list prices constitute good proxies for advertising revenues. To the extent that published list prices constitute poor proxies for broadcasting revenues, the author's analysis will fail to achieve its goal.

Revenues are equal to price times quantity sold. Although the price charged for a Mercedes Benz may be several times the price charged for a Toyota, one should not assume on the basis of this information alone that revenues accruing to the Mercedes Benz company are necessarily several times greater than revenues accruing to the manufacturer of Toyotas.

In the case of television advertising, also, there are a number of reasons for suspecting that list prices may be inadequate as proxies for revenues. First, the use of list prices assumes that there are few deviations from rate cards attributable to quantity discounts or otherwise, or alternatively, that all stations offer like discounts in approximately the same proportion; this assumption would appear to be unrealistic. Furthermore, the use of rate cards in place of revenues assumes that stations have no unsold advertising time, or that all stations have approximately the same amount of unsold advertising time; there is no reason for expecting this assumption to be true. Moreover, the methodology assumes that the full Rate Card, which has different prices for different times through the day, can be suitably indexed in the absence of data pertaining to the amount of time sold; that is an unrealistic assumption and indeed the author does not even try to create such an index but rather employs a simple average of two time periods.

In light of the foregoing problems, some of which the author recognized, Professor Liebowitz undertook to test the adequacy of rate card as a proxy for revenues. His test is not an all-inclusive test, but nonetheless, the fact that it fails to verify the assumption that prices are good proxies for revenues is very noteworthy. It is worthwhile noting his remarks in full:

> It is possible to make an estimate of the extent to which these practices reduce advertising rates from the list prices. We have taken three stations and calculated their potential advertising revenues if all their time slots in a week were sold at the list 30-second advertising time. Two of the stations were large (CBLT in Toronto and CFTM in Montreal) and the third station was small (CBCT in Charlottetown). We then divided this largest potential revenue by the number of viewing man-hours per week. The results were 3.5 cents, 4.7 cents, and 4.5 cents for CBLT, CBCT and CFTM respectively. We then divided the total television advertising for 1978 (approximately $400 million) by the total Canadian man-hours per year and got a result of .87 cents per hour. It is quite obvious that revenues are much lower than their maximum potential.[19]

Nonetheless, he adds, "we will continue to assume that the list rates are indicative of the supply/demand conditions for the individual stations."[20]

The Herfindahl Index. The other key variable employed in the regression equations is the H-index which undergoes a series of treatments. The H-index "is defined as the sum of the squared market shares, where market share for a firm is the percentage of the market output [viewing hours] which that firm supplies."[21] It is first introduced as a proxy for market power under the supposition that in highly concentrated markets television stations will be able to set relatively high prices through

collusion, whereas in unconcentrated markets, they will be unable to do so.[22] In such circumstances, one would expect a positive correlation between rate card and H-index.[23]

The regressions reveal, however, a "significant negative" correlation between rate card and H-index,[24] leading the author to believe that "there is obviously some effect other than market power which is being picked up."[25] It is assumed that the H-index is negatively (and significantly) correlated with cable penetration rates.[26]

Since H-index is assumed (and subsequently found) to be negatively correlated with cable penetration rates, and since H-index is also found to be negatively correlated with prices charged for advertising time, therefore it is concluded that cable penetration is positively correlated with list prices (Rate Cards). Since list prices are used as a proxy for revenues, it is concluded that high cable penetration rates are positively correlated with revenues. A causal relationship is then posited between cable penetration rates and broadcasting revenues and it is stated that cable television has served to increase broadcasting revenues.[27]

In the Appendix the H-index "is no longer considered a proxy for Cable penetration, as it is in the original study. It is now merely one of tne several effects caused by Cable."[28] The author continues

> In particular, it measures both the ability of advertisers to pinpoint viewers according to taste and the likelihood that viewers watch television more intensely when they have a greater choice of programs.[29]

The author regresses Rate Card against H-index and other variables and again discovers that the lower the concentration in a market, the higher are the Rate Cards.[30] Next, H-index (now termed "audience segmentation"), is regressed against cable penetration and other variables,[31] and it is discovered that the higher the cable penetration, the greater is audience segmentation (that is, the lower is the concentration ratio).[32]

Once again it is concluded that cable increases broadcasting list prices and hence revenues.

The principal difficulty that the present consultants have with the H-index and the line of reasoning developed therewith is the **ex-post facto** nature of the author's explanation. Normally in employing the "scientific method", one makes an hypothesis , which yields predictions, which are then tested; if the predictions are confirmed empirically, the hypothesis is not rejected. In Prof. Liebowitz's case, an hypothesis was propounded, namely that in highly concentrated markets television stations will collude to set prices; the hypothesis was tested by testing the prediction that prices will be relatively higher in highly concentrated markets, and the hypothesis was rejected since the empirical findings did not support the predictions. So far so good. But next Prof. Liebowitz uses his empirical observation, namely that rate cards are relatively lower in highly concentrated markets, to justify a theory which is never tested. The theory is that cable television enriches broadcasters by segmenting their audiences, thereby making television more effective as an advertising medium. This untested **ex-post facto** hypothesis is the base upon which the author makes his policy conclusion regarding copyright.

We would have more confidence in the hypothesis in the light of the findings of the empirical investigation had some of the implications of the hypothesis been tested subsequently and verified. Such was not done. Therefore, we cannot reject the possibility that the author has simply discovered a correlation between two variables (number of competing stations and rate card) without having detected the causal factor or factors contributing to the correlation. For example, if larger numbers of stations compete in larger markets (such as Montreal, Toronto and Vancouver) and such markets are considered by advertisers to be "must buys", as compared to smaller markets with fewer stations (Peterborough, Moose Jaw and Red Deer) which are not as important for advertising campaigns, the author's explanation regarding the beneficial role of cable television can be dismissed or certainly minimized.[33] There may well be other explanations as well.

APPENDIX

CONCLUSION

The consultants find much merit in the Liebowitz study. The correlation discovered between market concentration and Rate Card is interesting and suggestive of further research; the disaggregation of cable and non-cable viewers into various demographic groupings for purposes of determining differences in viewing habits of cable and non-cable subscribers is also interesting; and we could go on.

Nonetheless, for the reasons discussed in this Appendix, we believe that policy-makers should dismiss the policy recommendation contained in the study and question the reliability of the major empirical conclusion.

NOTES

1. (Minister of Supply and Services for the Department of Consumer and Corporate Affairs, 1980).
2. **Ibid.**, p. 77 and Executive Summary therein.
3. **Ibid.**, p. 77.
4. Although we dispute the contention that cable copyright liability should be invoked only if cable changes the link between audience size and advertising revenues, we do feel we should point out at this point that none of the foregoing ways set forth by Liebowitz as possibly changing that link necessarily in fact do so. The author's stated intent is to find out whether cable alters the relationship whereby R=f(A), where R is broadcasting revenues, A is audience size, and f is "the link". Changes in the magnitudes of R and A could take place for any of the four reasons noted without changing the "link", i.e. (f). For example, simply because cable fragments audiences does not mean that the value of a distant viewer or the value of a local viewer changes; but surely this is what is implied in addressing the topic of a change in the "link" between revenues and audiences. In this light we also fail to appreciate Prof. Liebowitz's reluctance to investigate the possible differential impact of cable on American and Canadian broadcasters; we fail to see why this is technically a different order of question from the large station - small station topic which Liebowitz does deem to be relevant, for example.

5. **Ibid**, pp. 30, 60.
6. **Ibid**, pp. 31, 63.
7. **Ibid**, pp. 31, 67.
8. **Ibid**, p. 71.
9. **Ibid**, p. 35.
10. **Ibid**, pp. 60-63.
11. **Ibid**, pp. 63-67.
12. **Ibid**, pp. 67-71.
13. **Ibid**, pp. 71-72.
14. **Ibid**, p. 77.
15. **Ibid**, p.1.
16. **Ibid**, p. 27.
17. **Ibid**, p.
18. **Ibid**, p. 7.
19. **Ibid**, pp. 36-37.
20. **Ibid**, p. 37.
21. **Ibid**, p. 35
22. **Ibid**, p. 35 "Relatively high" means high cost per thousand viewers.
23. **Ibid**, p. 35, 39, 41.
24. **Ibid**, p.47.
25. **Ibid**, p. 48.
26. **Ibid**, p. 54.
27. **Ibid**, pp. 53-56.
28. **Ibid**, p. 59.
29. **Ibid.**
30. **Ibid**, pp. 61,71.
31. **Ibid**, p. 71.
32. **Ibid**, p. 71.
33. That there is an institutional basis for supporting this alternative explanation is developed in Robert E. Babe, **Cable Television and Telecommunications in Canada: An Economic Analysis**, pp. 188-212; see also O.J. Firestone, **Broadcast Advertising in Canada: Past and Future Growth** (Ottawa: University of Ottawa Press, 1966).

APPENDIX III

Excerpts from the U.S. Copyright Act

Assembled by Conrad Winn

SEC. III LIMITATIONS ON EXCLUSIVE RIGHTS: SECONDARY TRANSMISSIONS

(b) **SECONDARY TRANSMISSION OF PRIMARY TRANSMISSION TO CONTROLLED GROUP**

Notwithstanding the provisions of subsections (a) and (c), the secondary transmission to the public of a primary transmission embodying a performance or display of a work is actionable as a act of infringement under section 501, and is fully subject to the remedies provided by sections 502 through 506 and 509, if the primary transmission is not made for reception by the public at large but is controlled and limited to reception by particular members of the public: **Provided,** however, that such secondary transmission is not actionable as an act of infringement if -

(1) the primary transmission is made by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission; and
(2) the carriage of the signals comprising the secondary transmission is required under the rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission; and
(3) the signal of the primary transmitter is not altered or changed in any way by the secondary transmitter.

(c) **SECONDARY TRANSMISSIONS BY CABLE SYSTEMS.**

(1) Subject to the provisions of clauses (2), (3), and (4) of this subjection, secondary transmissions to the public by a cable system of a primary transmission made by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission or by an appropriate governmental authority of Canada or Mexico and embodying a performance or display of a work shall be subject to compulsory licensing upon compliance with the requirements of subsection (d) where the carriage of the signals comprising the secondary transmission is permissible under the rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission.

(2) Notwithstanding the provisions of clause (1) of this subsection, the willful or repeated secondary transmission to the public by a cable system of a primary transmission made by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission or by an appropriate governmental authority of Canada or Mexico and embodying a performance or display of a work is actionable as an act of infringement under section 501, and is fully subject to the remedies provided by sections 502 through 506 and 509, in the following cases:

(A) where the carriage of the signals comprising the secondary transmission is not permissible under the rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission; or

(B) where the cable system has not recorded the notice specified by subsection (d) and deposited the statement of account and royalty fee required by subsection (d).

(3) Notwithstanding the provisions of clause (1) of this subsection and subject to the provisions of subsection (e) of this section, the secondary transmission to the public by a cable system of a primary transmission made by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission or by an appropriate governmental authority of Canada or Mexico and embodying a performance or display of a work is actionable as an act of infringement under section 501, and is fully subject to the remedies provided by sections 502 through 506 and sections 509 and 510, if the content of the particular program in which the performance or display is embodied, or any commercial

advertising or station announcements transmitted by the primary transmitter during, or immediately before or after, the transmission of such program, is in any way willfully altered by the cable system through changes, deletions, or additions, except for the alteration, deletion, or substitution of commercial advertisements performed by those engaged in television commercial advertising market research: **Provided**, that the research company has obtained the prior consent of the advertiser who has purchased the original commercial advertisement, the television station broadcasting that commercial advertisement, and the cable system performing the secondary transmission: **And provided further**, that such commercial alteration, deletion, or substitution is not performed for the purpose of deriving income from the sale of that commercial time.

(4) Notwithstanding the provisions of clause (1) of this subsection, the secondary transmission to the public by a cable system of a primary transmission made by a broadcast station licensed by an appropriate governmental authority of Canada or Mexico and embodying a performance or display of a work is actionable as an act of infringement under section 501, and is fully subject to the remedies provided by sections 502 through 506 and section 509, if (A) with respect to Canadian signals, the community of the cable system is located more than 150 miles from the United States-Canadian border and is also located south of the forty-second parallel of latitude, or (B) with respect to Mexican signals, the secondary transmission is made by a cable system which received the primary transmission by means other than direct interception of a free space radio wave emitted by such broadcast television station, unless prior to April 15, 1976, such cable system was actually carrying, or was specifically authorized to carry, the signal of such foreign station on the system pursuant to the rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission.

(d) **COMPULSORY LICENSE FOR SECONDARY TRANSMISSIONS BY CABLE SYSTEMS. -**

1) For any secondary transmission to be subject to compulsory licensing under subsection (c), the cable system shall, at least one month before the date of the commencement of

operations of the cable system or within one hundred and eighty days after the enactment of this Act, whichever is later, and thereafter within thirty days after each occasion on which the ownership or control of the signal carriage complement of the cable system changes, record in the Copyright Office a notice including a statement of the identity and address of the person who owns or operates the secondary transmission service or has power to exercise primary control over it, together with the name and location of the primary transmitter or primary transmitters whose signals are regularly carried by the cable system, and thereafter, from time to time, such further information as the Register of Copyrights, after consultation with the Copyright Royalty Tribunal (if and when the Tribunal has been constituted), shall prescribe by regulation to carry out the purpose of this clause.

(2) A cable system whose secondary transmissions have been subject to compulsory licensing under subsection (c) shall, on a semiannual basis, deposit with the Register of Copyrights, in accordance with requirements that the Register shall, after consultation with the Copyright Royalty Tribunal (if and when the Tribunal has been constituted) prescribe by regulation -

(A) a statement of account, covering the six months next preceding, specifying the number of channels on which the cable system made secondary transmissions to its subscribers, the names and locations of all primary transmitters whose transmissions were further transmitted by the cable system, the total number of subscribers, the gross amounts paid to the cable system for the basic service of providing secondary transmissions of primary broadcast transmitters, and such other data as the Register of Copyrights may, after consultation with the Copyright Royalty Tribunal (if and when the Tribunal has been constituted) from time to time prescribe by regulation. Such statement shall also include a special statement of account covering any nonnetwork television programming that was carried by the cable system in whole or in part beyond the local service area of the primary transmitter, under rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission permitting the substitution or addition of signals under certain circumstances, together with logs showing the times, dates, stations and programs involved in such substituted or added carriage; and

(B) except in the case of a cable system whose royalty is specified in subclause (C) or (D), a total royalty fee for the period covered by the statement, computed on the basis of specified percentages of the gross receipts from subscribers to the cable service during said period for the basic service of providing secondary transmissions of primary broadcast transmiters, as follows:

(i) 0.675 of 1 per centum of such gross receipts for the privilege of further transmitting any nonnetwork programming of a primary transmitter in whole or in part beyond the local service area of such primary transmitter, such amount to be applied against the fee, if any, payable pursuant to paragraphs (ii) through (iv);

(ii) 0.675 of 1 per centum of such gross receipts for the first distant signal equivalent;

(iii) 0.425 of 1 per centum of such gross receipts for each of the second, third, and fourth distant signal equivalents;

(iv) 0.2 of 1 per centum of such gross receipts for the fifth distant signal equivalent, and each additional distant signal equivalent thereafter; and

in computing the amounts payable under paragraph (ii) through (iv), above, any fraction of a distant signal equivalent shall be computed at its fractional value and, in the case of any cable system located partly within and partly without the local service area of a primary transmitter, gross receipts shall be limited to those gross receipts derived from subscribers located without the local service of such primary transmitter; and

(C) if the actual gross receipts paid by subscribers to a cable system for the period covered by the statement for the basic service of providing secondary transmissions of primary broadcast transmitters total $80,000 or less, gross receipts of the cable system for the purpose of this subclause shall be computed by subtracting from such actual gross receipts the amount by which $80,000 exceeds such actual gross receipts, except that in no case shall a cable system's gross receipts be reduced to less than $3,000. The royalty fee payable under this subclause shall be 0.5 of 1 per centum, regardless of the number of distant signal equivalents, if any; and

(D) if the actual gross receipts paid by subscribers to a cable system for the period covered by the statement, for the basic service providing secondary transmissions of primary broadcast transmitters, are more than $80,000 but less than $160,000, the royalty fee payable under this subclause shall be (i) 0.5 of 1 per centum of any gross receipts up to $80,000; and (ii) 1 per centum of any gross receipts in excess of $80,000 but less than $160,000, regardless of the number of distant signal equivalents, if any.

(3) The Register of Copyrights shall receive all fees deposited under this section and after deducting the reasonable costs incurred by the Copyright Office under this section, shall deposit the balance in the Treasury of the United States, in such manner as the Secretary of the Treasury directs. All funds held by the Secretary of the Treasury shall be invested in interest-bearing United States securities for later distribution with interest by the Copyright Royalty Tribunal as provided by this title. The Register shall submit to the Copyright Royalty Tribunal, on a semi-annual basis, a compilation of all statements of account covering the relevant six-month period provided by clause(2) of this subsection.

(4) The Royalty fees thus deposited shall, in accordance with the procedures provided by clause (5), be distributed to those among the following copyright owners who claim that their works were the subject of secondary transmissions by cable systems during the relevant semiannual period:

(A) any such owner whose work was included in a secondary transmission made by a cable system of a nonnetwork television program in whole or in part beyond the local service area of the primary transmitter; and

(B) any such owner whose work was included in a secondary transmission identified in a special statement of account deposited under clause (2) (A); and

(C) any such owner whose work was included in nonnetwork programming consisting exclusively of aural signals carried by a cable system in whole or in part beyond the local service area of the primary transmitter of such programs.

(5) The royalty fees thus deposited shall be distributed in accordance with the following procedures:

(A) During the month of July in each year, every person claiming to be entitled to compulsory license fees for secondary transmissions shall file a claim with the Copyright Royalty Tribunal, in accordance with requirements that the Tribunal shall prescribe by regulation. Notwithstanding any provisions of the antitrust laws, for purposes of this clause any claimants may agree among themselves as to the proportionate division of compulsory licensing fees among them, may lump their claims together and file them jointly or as a single claim, or may designate a common agent to receive payment on their behalf.

(B) After the first day of August of each year, the Copyright Royalty Tribunal shall determine whether there exists a controversy concerning the distribution of royalty fees. If the Tribunal determines that no such controversy exists, it shall after deducting its reasonable administrative costs under this section, distribute such fees to the copyright owners entitled, or to their designated agents. If the Tribunal finds the existence of a controversy, it shall, pursuant, to chapter 8 of this title, conduct a proceeding to determine the distribution of royalty fees.

(C) During the pendency of any proceeding under this subsection, the Copyright Royalty Tribunal shall withhold from distribution an amount sufficient to satisfy all claims with respect to which a controversy exists, but shall have discretion to proceed to distribute any amounts that are not in controversy.

CITED REFERENCES

Andreski, Stanislaw. **Social Science as Sorcery.** London: Andre Deutsch, 1972.

Anon. **Canadian Broadcasting and Telecommunications: Past Experience, Future Options.** Ottawa: CRTC, 1980.

Auld, Douglas **et al., Canadian Federation at the Crossroads.** Vancouver: Fraser Institute, 1978.

Babe, Robert E. **Canadian Television Broadcasting Structure, Performance and Regulation.** Ottawa: Minister of Supply and Services for the Economic Council of Canada, 1979.

Babe, Robert E. **Cable Television and Telecommunications in Canada: An Economic Analysis.** East Lansing: MSU International Business and Economic Studies, 1975.

Babe, Robert E. "Public and Private Regulation of Cable Television: A Case Study of Technological Change and Relative Power." **Canadian Public Administration** (Summer 1974).

Babe, Robert E. "Empires in TV Land." **In Search/En Quête.** (Winter 1980).

Babe, Robert E. "Concentration of Control in the Canadian Cable Television Industry." **Regulatory Reporter.** Canadian Law Information Council. I (1980).

Babe, Robert E. and Slayton, Philip. **Competitive Procedures for Broadcasting - Renewal and Transfers.** Report Prepared for the Department of Communications. Ottawa, 1980.

Bain, Joe S. "Relation of Profit Rate to Industry Concentration." **Quarterly Journal of Economics.** (August, 1951).

Bain, Joe S. **Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries.** Cambridge, Mass.: Harvard, 1965.

Barnouw, Erik. **The Sponsor: Notes on a Modern Potentate.** Oxford: Oxford University Press, 1978.

Beigie, Carl. "An Economic Framework for Policy Action in Canadian Telecommunications" in H.E. English, ed. **Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government.** Toronto: Methuen, 1973.

Bell, Daniel. **The Cultural Contradictions of Capitalism.** New York: Basic Books, 1976.

Bell, Daniel. "The Social Framework of the Information Society" in Michael L. Dertouzos and Joel Moses, eds. **The Computer Age: A Twenty Year View.** Cambridge, Mass.: MIT Press, 1979.

Ben-David, J. and Clark, Terry Nichols, eds. **Culture and its Creators: Essays in Honor of Edward Shils.** Chicago: University of Chicago Press, 1977.

Bentham, Jeremy. "Security and the Equality of Property" in C.B. Macpherson ed. **Property: Mainstream and Critical Positions.** Toronto: University of Toronto Press, 1978.

Berle, Adolph A. and Means, Gardiner C. **The Modern Corporation and Private Property.** New York: Harcourt, Brace and World, revised 1967.

Besen, Stanley; Manning, Willard; and Mitchell, Bridger. "Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licencing and the Coase Theorem," **Journal of Law and Economics.** 21 (April, 1978).

Bonbright, James. **Principles of Public Utility Rates.** New York: Columbia, 1961.

Boulding, Kenneth, **Economic Analysis: Vol I Microeconomics.** New York: Harper and Row, 4th ed. 1966. Harper and Row, 4th ed. 1966.

Bronowski, Jacob. **The Origins of Knowledge and Imagination.** New Haven: Yale University Press, 1978.

Brown, J.J. **Ideas in Exile.** Toronto: McClelland and Steward, 1967.

Byers, R.B. and Redford, Robert W., eds. **Canada Challenged** Toronto: Canadian Institute of International Affairs, 1979.

Canadian Broadcasting Corporation. **Annual Reports.**

Canadian Broadcasting Corporation. **The CBC's Programming Services,** submitted to the CRTC in support of the Application for Renewal of Network Licences, May, 1978.

Canadian Cablesystems Limited. **Application for Control of Premier Communications Limited,** 1980.

Canadian Cablesystems Limited. "Submission to the CRTC on Canadian Content and Review", July, 1980.

Canadian Council of Filmmakers. **CTV Network Ltd.,** Intervention Prepared for Submission to the CRTC on the Subject of the Application for Renewal of the Network's Licence, 17 January, 1979.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission **Special Report on Broadcasting in Canada 1968-1978; Vol. 1.** Ottawa: Minister of Supply and Services for the CRTC, 1979.

Carey, James W. "Harold Adams Innis and Marshall McLuhan", in Raymond Rosenthal, ed. **McLuhan Pro and Con.** Baltimore: Penguinn, 1969.

Chase, Samuel B. ed. **Problems in Public Expenditure Analysis.** Washington: Brookings, 1968.

Coase, R.H. "The Federal Communications Commission," **Journal of Law and Economics.** 2 (October, 1959).

Coase, R.H. "The Problem of Social Cost," **Journal of Law and Economics.** III (1960).

Cohen, Morris, "Property and Sovereignty" in C.B. Macpherson, ed. **Property: Mainstream and Critical Positions.** Toronto: University of Toronto Press, 1978.

Comoner, William and Mitchell, Bridger. "Cable Television and the Impact of Regulation," **Bell Journal of Economics and Management Science,** 2(1971).

Committee on Extension of Service to Northern and Remote Communities, Réal Therien, Chairman. **Report - The 1980's, A Decade of Diversity - Broadcasting, Satellites and Pay - TV.** Ottawa: Minister of Supply and Services for the CRTC, 1980.

Conklin, Maxwell R. and Goldstein, Harold T. "Census Principles of Industry and Product Classification, Manufacturing Industries". **Business Concentration and Price Policy.** A Report of the National Bureau of Economic Research. Princeton: Princeton University Press, 1955.

Consultative Committee on the Implications of Telecommunications for Canadian Sovereignty, J.V. Clyne, Chairman. **Telecommunications and Canada.** Ottawa: Minister of Supply and Services for the Department of Communications, 1979.

de Sola Pool, Ithiel "Direct Broadcast Satellites and the Integrity of National Cultures" in Kaarle Nordensterng and Herbert I. Schiller, eds. **National Sovereignty and International Communication: A Reader.** Norwood, N.J.: Ablex, 1979.

Donner and Lazar Research Associates. **An Examination of the Financial Impact of Canada's 1976 Amendment to Section 19.1 of the Income Tax Act (Bill C-58) on U.S. and Canadian TV Broadcasts.** Ottawa: Department of Communications, 1979.

Economic Council of Canada. **Report on Intellectual and Industrial Property.** Ottawa: Information Canada, 1971.

Edmunds, Hugh, **et al. A Study of the Independent Production Industry with Respect to English Language Programs in Canada with Recommendations for Policy Action, Vol. 1.** Windsor: Centre for Communications Studies, University of Windsor, 1976.

Elliot, George P. "The Enemies of Intimacy," **Harper's Magazine.** July 1980.

Ellul, Jacques. **The Ethics of Freedom.** Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans, 1976.

E.R.A. Consulting Economics Economists Inc. "An Evaluation of the Impact on the Canadian Feature Film Industry of the Increase to 100% of the Capital Cost Allowance," Prepared for the Department of the Secretary of State, 1979.

Federal Cultural Policy Review Committee. **Speaking of Our Culture: Discussion Guide.** Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980.

Ferguson, C.E. **Microeconomic Theory,** 3rd ed., Homewood: Irwin, 1972.

Firestone, O.J. **Broadcast Advertising in Canada: Past and Future Growth.** Ottawa: University of Ottawa Press, 1966.

Galbraith, John Kenneth. **The New Industrial State.** Boston: Houghton Mifflin, 1967.

Galbraith, John Kenneth. **Economics and the Public Purpose.** Boston: Houghton Mifflin, 1973.

Gans, Herbert. **Popular Culture and High Culture.** New York: Basic Books, 1975.

Globerman, Steven and Rothman, Mitchell. "An Economic Analysis of a Performers' Right," Paper prepared for the Department of Consumer and Corporate Affairs, 1979.

Good, Leonard. **An Econometric Model of the Canadian Cable Television Industry and the Effects of the CRTC Regulation.** Ph.D. Thesis, University of Western Ontario, 1974.

Greenberg, Edward and Barnett, Harold. "TV Program Diversity - New Evidence and Old Theories," **American Economic Review** (1971).

Heintzman, Ralph. "Liberalism and Censorship," **Journal of Canadian Studies.** (Winter 1978-79).

Hofstadter, Douglas R. **Godel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid.** New York: Basic Books, 1979.

Hotelling, Harold. "Stability in Competition" **Economic Journal.** XXXIX (1929).

Innis, Harold A. **Empire and Communications.** Toronto: University of Press, 1972, First published 1950.

Innis, Harold A. **The Bias of Communications.** Toronto: University of Toronto Press, 1951.

International Institute of Quantitative Economics (Concordia University). **Economic Study of the Financial and Market Characteristics of the 16 Largest CATV Companies in Canada,** Report Prepared for the Department of Communications, Ottawa, 1974.

Jearson, Francis, **L'Action culturelle dans le cité.** Paris: Editions du Seuil, 1973.

Johnson, A.W. "Reflecting Canada and the Regions," **Canadian Forum,** (February, 1977).

Johnson, A.W. **Touchstone for the CBC.** Ottawa: Canadian Broadcasting Corporation, 1977.

Johnston, C.C. **The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.** Draft Report for the Law Reform Commission of Canada, 1979.

Jones, William K. "Use and Regulation of the Radio Spectrum: Report on a Conference" in **The Radio Spectrum: Its Use and Regulation.** Washington: Bookings, 1968.

Kahn, Alfred E. **The Economics of Regulation: Principles and Institutions, Vol. 1 Principles.** New York: Wiley, 1970.

Kaufman, Gordon D. **Relativism, Knowledge and Faith.** Chicago: University of Chicago Press, 1960.

Keyes, A.A. and Brunet C. **Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law.** Ottawa: Minister of Supply and Services for the Department of Consumer and Corporate Affairs, 1977.

Kline, Morris. **Mathematics: The Loss of Certainty.** New York: Oxford, 1980.

Kuhn, Thomas, **The Structure of Scientific Revolutions.** Chicago: University of Chicago Press, 2nd ed., 1969.

Lahore, James. **Copyright.** Sydney, Australia: Butterworths, 1977.

Lapointe, Alain, and Le Goff, Jean-Pierre. **L'Industrie de la Production d'Emissions de Télévision.** Study Prepared for the Department of Communications, Ottawa, 1980.

Lasch, Christopher. **The Culture of Narcissism.** New York: Norton, 1978.

Laurence, John Shelton and Timberg, Bernard. **Fair Use and Free Inquiry: Copyright Law and the New Media.** Norwood, N.J.: Ablex, 1980.

Lebel, Maurice. "La culture et l'humanisme de notre âge de transition," **Revue de l'Université d'Ottawa,** (Oct.-dec., 1976).

Levin, Harvey J. **The Invisible Resource: Use and Regulation of the Radio Spectrum.** Baltimore: John Hopkins Press, 1971.

Levin, Harvey J. **Fact and Fancy in Television Regulation: An Economic Study of Policy Alternatives.** New York: Russell Sage Foundation, 1980.

Levin, Harvey. "Program Duplication, Diversity and Effective Viewer Choice: Some Empirical Findings," **American Economic Review.** (1971).

Lippmann, Walter. **The Public Philosophy.** New York: Mentor, 1955.

Machlup, Fritz. **Knowledge: Its Creation, Distribution and Economic Significance Vol. 1: Knowledge and Knowledge Production.** Princeton; Princeton University Press, 1980.

Mander, Jerry. **Four Arguments for the Elimination of Television.** New York: Morrow Quill, 1978.

Manitoba, Communication and Information Services Division, Department of Consumer and Internal Services. **Broadcasting and Cable Television: A Manitoba Perspective.** Winnipeg: Queen's Printer, 1974.

Mann, Michael H. "Seller Concentration, Barriers to Entry and Rates of Return in Thirty Industries 1950-1860," **Review of Economics and Statistics,** (August, 1966).

Mark, Charles C. **A Study of Cultural Policy in the United States.** Paris: UNESCO, 1969.

Macpherson, C.B., ed. **Property: Mainstream and Critical Positions.** Toronto: University of Toronto Press, 1978.

McFadyen, Stuart; Hoskins, Colin; and Gillen, David. **Canadian Broadcasting: Market Structure and Economic Performance.** Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1980.

McGowan, John and Peck, Meston. "Estimating Consumers' Valuation of Additional Programming from CATV Data", mimeographed, unpublished, undated.

McKay, Bruce. **The CBC and the Public: Management Decision Making in Canadian Broadcasting Corporation 1970-1974.** Ph.D. Thesis, Stanford University, 1976.

McNulty, Jean. **Other Voices in Broadcasting: The Evolution of New Forms of Local Programming in Canada,** Report Prepared for the Department of Communications, Ottawa, 1979.

Meisel, John. "Political Culture and the Politics of Culture," **Canadian Journal of Political Science,** (Dec., 1974).

Mill, John Stuart. "Of Property" in C.B. Macpherson, ed. **Property: Mainstream and Critical Positions.** Toronto: University of Toronto Press, 1978.

Minasian, Jora. "Television Pricing and the Theory of Public Goods." **Journal of Law and Economics,** (October, 1964).

Mishan, E.J. "The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay" **Journal of Economic Literature,** IX (March, 1971).

Musgrave, Richard. **The Theory of Public Finance: A Study in Political Economy.** New York: McGraw-Hill, 1959.

Nimmer, Melville B. **A Preliminary View of the Copyright Act of 1976: Analysis and Text.** New York: Matthew Bendes, 1977.

Nordenstreng, Kaarle and Schiller, Herbert I., eds. **Natural Sovereignty and International Communication.** Norwood, N.J.: Abler, 1979.

Ontario, Royal Commission on Violence in the Communications Industry. **Report Vol. 1: Approaches, Conclusions and Recommendations.** Toronto: Queen's Printer, 1977.

Ostry, Bernard. **The Cultural Connection: An Essay on Culture and Government Policy in Canada.** Toronto: McClelland and Stewart, 1978.

Peers, Frank W. **The Politics of Canadian Broadcasting 1920-1951.** Toronto: University of Toronto Press, 1969.

Peers, Frank W. **The Public Eye: Television and the Politics of Canadian Broadcasting 1952-1968.** Toronto: University of Toronto Press, 1979.

Perrakis, Stylanos and Silva-Echenique, Julio. "The Profitability and Risk of Television Stations in Canada," Paper Prepared for the Department of Communications, 1980.

Phillips, Charles. **The Economics of Regulation.** Homewood: Irwin, 1969.

Ploman, Edward W. and Hamilton, L. Clark. **Copyright: Intellectual Property in the Information Age.** London: Routledge and Kegan Paul, 1980.

Polanyi, Michael. **Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy.** Chicago: University of Chicago Press, 1962.

Posner, Richard. **Economics Analysis of Law.** Boston: Little Brown, 1972.

Québec. **Le québec maître d'oeuvre de la politique des communications sur son territoire.** Québec: Editeur officiel, 1973, reprinted 1980.

Québec, Department of Communications. **Toward a Quebec Communications Policy.** Quebec: Editeur Officiel, 1971.

Québec, Développement culturel et scientifique. **La Juste Parte des Créateurs: pour une anélioration du statut socio-économique des créateurs québecois.** Québec: Editeur officiel. 1980.

Québec, Le Ministre d'Etat au Développement culturel. **La Politique québecoise du développement culturel.** 2 vols. Québec: Editeur offical. 1978.

Reich, Charles. "The New Property", extracted in C.B. Macpherson, ed. **Property: Mainstream and Critical Positions.** Toronto: University of Toronto Press, 1978.

Rémillard, Gil. **Le Fédéralisme Canadien.** Montreal: Québec/Amerique, 1980.

Samuels, Warren J. "Interrelations Between Legal and Economic Processes," **Journal of Law and Economics,** XIV (October, 1971) 2.

Samuelson, Paul A. "Public Goods and Subscription TV: Correction of the Record," **Journal of Law and Economics,** VII (October, 1964).

Schafer, D. Paul. **Aspects of Canadian Cultural Policy.** Paris: UNESCO, 1976.

Schneider, Louis and Bonjean, Charles, eds. **The Idea of Culture in the Social Sciences.** Cambridge: Cambridge, 1973.

Schultz, Richard J. **Federalism and the Regulatory Process.** Ottawa: Federal Provincial Relations Office, 1978.

Schwartz, Tony. **The Responsive Chord.** Garden City: Anchor Press/Doubleday, 1974.

Scitovsky, Tibor. **The Joyless Economy.** New York: Oxford University Press, 1976.

Shepherd, William G. **The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Enterprise.** New York: Columbia University Press, 1975.

Smith, Adam. **Wealth of Nations.** Harmondsworth: Pelican, 1970; first published 1776.

Statistics Canada. **Radio and Television Broadcasting.** Cat. no. 56-204, annual.

Statistics Canada. **Household Facilities,** Cat no. 64-202, annual.

Statistics Canada. **Cable Television,** Cat. no. 56-205, annual.

Steiner, George. **In Bluebeard's Castle: Some Notes Towards the Re-definition of Culture.** London: Faber and Faber, 1971.

Steiner, Peter. "Program Patterns and Preferences and the Workability of Competition in Radio Broadcasting, "**Quarterly Jouranl of Economics.** 1952.

Stocking, George and Mueller, Willard. "The Cellophane Case and the New Competition," **American Economic Review,** XLV 1955.

Symons, T.H.B. **To Know Ourselves: The Report of the Commission on Canadian Studies.** Vols. I and II. Ottawa: Association of Universities and Colleges of Canada, 1975.

Tawney, R.H. "Property and Creative Work" in C.B. Macpherson, ed. **Property: Mainstream and Critical Positions.** Toronto: University of Toronto Press, 1978.

Trudeau, Rt. Hon. Pierre Elliott. **A Time for Action: Toward the Renewal of the Canadian Federation.** Ottawa: Minister of Supply and Services, 1978.

UNESCO. **Cultural Policy: A Preliminary Study.** Paris: UNESCO, 1969.

Van Loon, Richard J. and Whittington, Michael S. **The Canadian Political System.** Toronto: McGraw Hill Ryerson, various dates and editions.

Western Premiers' Task Force on Constitutional Trends, Hon. Rafe Mair, Chairman, **Third Report.** (1979).

Wiles, Peter. "Pilkington and the Theory of Value," **Economic Journal,** 1953.

Winn, Conrad. "Department of the Secretary of State - Potpourri or Cultural Mandate" in G.B. Doern, ed. **Spending Tax Dollars: Federal Expenditures 1980-81.** Ottawa: Carleton School of Public Administration, 1980.

Winn, Conrad. "Mass Communications" in Conrad Winn and John McMenemy. **Political Parties in Canada.** Scarborough: McGraw-Hill Ryerson, 1976.

Winn, Marie. **The Plug-In Drug.** New York: Viking, 1977.

Wood, Gundy Ltd. "Progress Report: The Cable Television Industry." 26 February, 1975.

La politique de la télédiffusion et la loi sur le droit d'auteur

Analyse d'un droit de retransmission par câble

Robert E. Babe et Conrad Winn

Gouvernement du Canada
Ministère des Communications

Government of Canada
Department of Communications

LA POLITIQUE DE LA TÉLÉDIFFUSION ET LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

Analyse d'un droit de retransmission par câble

Robert E. Babe

et

Conrad Winn

LES AUTEURS

M. Robert E. Babe, économiste-conseil établi à Ottawa, est spécialiste de l'industrie des communications canadiennes. Il a enseigné l'économique et les communications dans plusieurs universités, entre autres à l'Université d'Ottawa où il professe actuellement à temps partiel. Il est l'auteur de deux ouvrages et de nombreux articles dans ces domaines; il a été appelé à plusieurs reprises à témoigner comme expert devant les tribunaux canadiens. Le ministère des Communications fait fréquemment appel à ses services d'expert-conseil.

M. Conrad Winn est professeur agrégé en sciences politiques à l'Université Carleton et membre associé du Centre for Public Policy and Program Assessment. Il a donné des cours en études sur l'environnement et en histoire et il est l'ancien secrétaire-trésorier de l'Association canadienne de science politique. Les écrits qu'il a publiés portent sur le comportement politique, la politique publique et les dépenses publiques. Enfin, il est expert-conseil en droit d'auteur, en télédiffusion et en d'autres domaines.

REMERCIEMENTS

Le projet a été mené sous l'autorité de Denis Guay, directeur de la Réglementation au ministère des Communications, et James Hum a assumé les fonctions d'agent de projet. M. Hum s'est dépensé sans compter et nous a fourni des renseignements précieux en plus de nous faire profiter de son sens du jugement et d'observations critiques. Nous tenons aussi à exprimer notre reconnaissance à Don Lytle de la Société Radio-Canada, qui nous a fait bénéficier de sa connaissance approfondie des pratiques en matière de droit d'auteur aux États-Unis, ainsi que de la culture et des communications en général. M. A.A. Keyes nous a aussi été d'une aide appréciable par ses publications et son apport personnel. De même, nous tenons à remercier les personnes suivantes :

G.E. Steele, Wayne Stacey, Gerry Acton, William Hawkins, Mark Lewis et David Macdonald de l'Association canadienne des radiodiffuseurs; Michael Hind-Smith et Bruce McDonald de l'Association canadienne de télévision par câble; A.D. Cameron et Donald MacLean du ministère des Communications; Wanda Noel, expert-conseil au ministère des Communications; David Long du ministère des Transports et des Communications de l'Ontario; Carole Delisle du ministère des Communications du Québec; Richard Simpson du Communications Secretariat du gouvernement de la Saskatchewan; Douglas Smith du ministère des services gouvernementaux du Manitoba; Gordon Haase, de la Public Utilities and Telephones du gouvernement de l'Alberta; et enfin Roger Wagner de la bi Associates, Washington (D.C.).

Comme toujours, nous tenons à préciser que nous assumons l'entière responsabilité pour toutes les erreurs, omissions et autres bévues que pourrait contenir ce rapport.

PRÉFACE

La **Loi sur le droit d'auteur** du Canada n'a jamais été révisée depuis sa promulgation en 1924. Cependant, le gouvernement fédéral, par l'entremise du Comité interministériel du droit d'auteur, a examiné les diverses facettes de la question. Étant donné la complexité des questions qui sous-tendent cet important sujet, le ministère des Communications a demandé à M. Robert E. Babe, économiste-conseil, et au professeur Conrad Winn, de l'Université Carleton, de préparer une étude sur la responsabilité en matière de droit d'auteur dans le domaine de la télédistribution dans l'optique de la politique canadienne de la télédiffusion (radio-télévision).

La politique de la télédiffusion et la loi sur le droit d'auteur : Analyse d'un droit de retransmission par câble est une étude unique en son genre car, pour la première fois, ces deux sujets sont vus comme des courants de politique interactifs et complémentaires. L'étude amène le lecteur à s'arrêter et à réfléchir sur des questions fondamentales telles que la façon d'harmoniser la nouvelle loi sur le droit d'auteur avec la déclaration du Parlement relative à la politique de télédiffusion exposée à l'article 3 de la **Loi sur la radiodiffusion.**

Le point de départ de l'étude est **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la loi**, de A.A. Keyes et C. Brunet, publié en 1977 par le ministère de la Consommation et des Corporations. Babe et Winn examinent du point de vue de la politique canadienne de télédiffusion les avantages et les inconvénients des recommandations de Keyes et Brunet au sujet de la retransmission simultanée des émissions télédistribuées. Ils envisagent aussi des solutions autres que le droit d'auteur sur ce chapitre et, en conclusion, présentent des recommandations précises sur les dispositions que la nouvelle loi sur le droit d'auteur devrait contenir en ce qui a trait à la retransmission par câble.

Bien entendu, les opinions exprimées dans l'étude sont celles des auteurs et ne reflètent pas forcément les vues du ministère des Communications ou du gouvernement du Canada. Le ministère des Communications invite tous les intéressés à lui faire part de leurs observations.

Ministère des Communications

TABLE DES MATIÈRES

	Résumé	*Conrad Winn*	III
Chapitre 1	**Introduction**	*Robert E. Babe*	1
Chapitre 2	**Le droit d'auteur en tant que bien**	*Robert E. Babe*	15
Chapitre 3	**Les droits de propriété dans le domaine de la télédiffusion**	*Robert E. Babe*	35
Chapitre 4	**Les enjeux économiques**	*Robert E. Babe*	69
Chapitre 5	**Le droit d'auteur en matière de télédistribution, la politique culturelle et la politique de la télédiffusion**	*Conrad Winn*	96
Chapitre 6	**Le droit d'auteur, les relations fédérales-provinciales et les relations internationales**	*Conrad Winn*	114
Chapitre 7	**Questions d'ordre administratif et réglementaire**	*Conrad Winn*	135
Chapitre 8	**Le droit d'auteur et les autres droits virtuels en matière de télédistribution**	*Conrad Winn*	157
Chapitre 9	**Solutions de rechange**	*Conrad Winn*	164
Chapitre 10	**Conclusions et recommandations**	*Robert E. Babe et Conrad Winn*	176
Annexes			191
Références			214

Résumé

par Conrad Winn

En avril 1977, le ministère de la Consommation et des Corporations publiait un document de travail préparé par A.A. Keyes et C. Brunet, intitulé **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la loi.** Les auteurs de ce document se sont penchés sur une vaste gamme de questions ayant trait au droit d'auteur. En ce qui touche la télédiffusion, ils ont recommandé que les diffuseurs canadiens aient le droit d'autoriser la retransmission simultanée de leurs émissions canadiennes. Keyes et Brunet ont proposé la mise sur pied d'un Tribunal du droit d'auteur, habilité à fixer les redevances et à établir les règles régissant la distribution de ces revenus aux Canadiens.

En novembre 1980, Robert E. Babe et Conrad Winn ont été chargés par le ministère des Communications d'évaluer les points forts et les points faibles des recommandations de Keyes et Brunet, en fonction de la politique fédérale en matière de télédiffusion et des lignes de conduite connexes. Les résultats de leur étude sont compilés dans le présent mémoire qui comprend dix chapitres et trois annexes. Chacun des chapitres a été rédigé par l'un ou l'autre des auteurs, mais l'ensemble du document reflète l'opinion concertée des deux. Le dernier chapitre exprime tout particulièrement les vues des deux auteurs, ces derniers l'ayant révisé en collaboration à plusieurs reprises.

Au chapitre 1, **Introduction**, Robert E. Babe fait ressortir les deux principaux thèmes du mémoire -- le droit d'auteur et les communications. Il fait remarquer que la loi sur le droit d'auteur fixe les normes régissant l'utilisation équitable des oeuvres protégées par droit d'auteur et les paiements exigibles à cette fin. La loi sur le droit d'auteur devient donc l'instrument permettant au gouvernement d'influer sur la diffusion de l'information et l'expression culturelle d'une société. La politique en matière de communications consiste en une série d'objectifs établis par le gouvernement à l'égard de la société, que l'on cherche à atteindre au moyen du droit d'auteur, ou à

l'aide des nombreux autres instruments gouvernementaux. Dans le passé, les objectifs du Canada en matière de communications ont notamment incité les Canadiens à mieux se connaître et favorisé les échanges de même qu'une plus vaste diffusion de l'information.

La réforme du droit d'auteur découle du fait que la loi canadienne sur le droit d'auteur, inspirée de la loi britannique correspondante de 1911, n'est pas tout à fait à jour en ce qui concerne les nouvelles techniques électroniques. L'étude concrète de la loi canadienne sur le droit d'auteur a été amorcée au moment de la création de la Commission royale Ilsley en 1954. S'ensuivirent une importante étude du Conseil économique en 1971 et plusieurs travaux du ministère de la Consommation et des Corporations, parmi lesquels le mémoire préparé par Keyes et Brunet constitue le plus exhaustif.

Les experts-conseils se sont vu confier les cinq tâches suivantes :

1. Évaluer les propositions avancées par Keyes et Brunet afin " d'accorder aux télédiffuseurs canadiens le droit d'autoriser la retransmission simultanée de leurs émissions canadiennes " et d'instituer un Tribunal du droit d'auteur;

2. Faire l'appréciation du mémoire de S.J. Liebowitz publié par le ministère de la Consommation et des Corporations, intitulé " Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre ";

3. Évaluer dans quelle mesure la loi sur le droit d'auteur permet de résoudre le problème manifeste que pose la retransmission par câble des signaux de télévision américains et la protection des droits exclusifs de télédiffusion achetés par les stations canadiennes;

4. Étudier les types et les modes de paiement de retransmission et dans quelle mesure ils sont souhaitables, en tenant compte de questions complexes telles que les relations canado-américaines;

5. Recommander des solutions de rechange possibles au paiement d'un droit de retransmission.

Dans le chapitre 2, **Le droit d'auteur en tant que bien,** Babe définit le droit d'auteur comme une discipline spécialisée du droit de propriété ayant trait à une catégorie de biens productifs appelée propriété intellectuelle. Les droits de propriété sont perçus comme le

droit aux avantages, financiers ou autres, sanctionnés par le gouvernement. Citant les paroles de Jeremy Bentham, célèbre utilitariste du XVIII^e siècle, Babe fait remarquer que :

> La propriété et le droit naissent ensemble pour mourir ensemble. Avant que les lois (y compris le droit commun) aient été décrétées, il n'existait aucune forme de propriété; dès que les lois sont supprimées, la propriété n'existe plus.

Étant donné que la propriété et le contrôle se distinguent de plus en plus dans l'économie d'aujourd'hui et vu l'importance croissante que revêtent les connaissances et autres biens éphémères, il ne faudrait plus percevoir la propriété essentiellement comme le droit à la possession matérielle. En outre, les droits de propriété devraient normalement être considérés comme droits restreints. Autrement, les droits illimités des uns pourraient porter atteinte aux droits des autres.

La nature des droits de propriété et les restrictions imposées à cet égard peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, selon le type de biens matériels ou éphémères et selon les priorités de l'État. Les définitions juridiques attribuées à la propriété forment le cadre d'interaction des forces économiques. Puisque l'attribution des droits influe sur ce qui est produit, les gouvernements utilisent les définitions juridiques de la propriété pour atteindre des objectifs sociaux.

Les gouvernements doivent en particulier définir avec précision la propriété dans la loi lorsque des biens publics sont en cause, ou que des questions externes d'importance sont soulevées. Les biens publics ou les aspirations sociales sont ceux dont les avantages ne sont pas limités à qui choisit d'en faire les frais, comme la défense nationale ou la télédiffusion.

Dans le troisième chapitre, **Les droits de propriété dans le domaine de la télédiffusion**, Babe fait ressortir l'incohérence entre les objectifs sociaux tels qu'ils sont exprimés dans les dispositions de la **Loi sur la radiodiffusion** concernant la teneur en éléments canadiens et les objectifs sociaux que révèle la préférence des téléspectateurs pour les émissions étrangères. Il avance que les Canadiens souhaitent en effet l'existence d'un système de télédiffusion qui encourage l'expression d'un sentiment national, mais qu'ils sont déçus des émissions effectivement réalisées par les Canadiens, grâce aux encouragements offerts par le régime de propriété actuel.

Conformément au présent régime de propriété, les télédistributeurs sont légalement autorisés à retransmettre des émissions sans verser de redevances aux titulaires de droits d'auteur

et ils sont habilités à supprimer et à remplacer des messages publicitaires, du moins ceux diffusés par les stations américaines. Les droits de propriété des télédistributeurs sont en quelque sorte circonscrits par la réglementation : ils doivent, par exemple, obtenir la permission du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) avant de procéder à toute retransmission.

En vertu de la réglementation du CRTC, les télédistributeurs sont considérés comme des services publics en ce sens qu'on leur confère le droit d'exercer un monopole sur un territoire donné et que leurs tarifs doivent être approuvés. Contrairement aux services publics toutefois, les télédistributeurs ne sont pas obligés de desservir des régions non rentables et leurs profits ne sont pas scrutés à la loupe. La télévision par câble est extrêmement lucrative. Babe estime à 28,6 millions de $ les recettes excédentaires de cette industrie en 1978, c'est-à-dire les gains au delà d'un rendement de 15 p. 100 sur le capital investi, après impôts.

L'industrie de la télévision privée est cependant beaucoup plus rentable que celle du câble; elle a connu des taux de rendement sur l'actif net avant impôts et un fonds de roulement de 45 p. 100 en 1977 et de 55 p. 100 en 1978. Comparativement à la Société Radio-Canada, les télédiffuseurs privés présentent relativement peu d'émissions canadiennes, de réalisations canadiennes créées par des producteurs indépendants et de programmation canadienne susceptible d'attirer de vastes auditoires.

Deux facteurs expliquent ce faible nombre d'émissions canadiennes et indépendantes présentées par les télédiffuseurs privés : le coût inférieur des émissions populaires réalisées à l'étranger et le régime de propriété du système canadien de télédiffusion. La télédiffusion privée pourrait être mise à la portée des créateurs indépendants si elle était restructurée par le gouvernement, peut-être d'après le modèle britannique. Cependant, vu le régime de propriété actuel, on incite la Société Radio-Canada — non les diffuseurs indépendants — à faire appel aux talents des maisons de production privées.

Dans le chapitre 4, **Les enjeux économiques**, Robert E. Babe examine si le droit d'auteur constitue un monopole ou seulement un droit de propriété de plus. Si l'on estime que le droit d'auteur est une forme de monopole, il est probablement logique de conclure que la plupart des lois régissant le droit d'auteur devraient être tempérées ou abolies plutôt que renforcées. Mais si l'on considère que le droit d'auteur n'est qu'un simple droit de propriété parmi d'autres, les mesures à prendre à cet égard seront fonction de la contribution du marché aux grands objectifs de la société.

En pratique, l'industrie de la télévision ne constitue pas un monopole puisque les téléspectateurs disposent d'un très vaste choix d'émissions. Ces derniers peuvent normalement choisir parmi plusieurs stations, entre les différentes émissions d'une même station, voire décider de regarder la télévision ou non. Cependant, on sait que les émissions à succès ne vont pas sans engendrer des pastiches. Par ailleurs, la télédiffusion classique est menacée par les dizaines de canaux qui sont transmis grâce aux satellites et par une industrie du vidéodisque qui prend de plus en plus d'ampleur. Rappelons, en outre, que les compagnies de téléphone, les sociétés hydro-électriques et les entreprises de télédistribution sont, pour leur part, de véritables monopoles. Aussi est-il exagéré de prétendre que la loi sur le droit d'auteur confère d'importants pouvoirs monopolistiques aux producteurs d'émissions de télévision.

Dans le chapitre 5, **Le droit d'auteur en matière de télédistribution, la politique culturelle et la politique de la télédiffusion**, Conrad Winn examine les recommandations de Keyes et Brunet en fonction des principes qui sous-tendent les lignes de conduite du Canada en matière de culture et de télédiffusion et fait remarquer qu'il est difficile de définir ces principes. La notion même de culture est floue. La culture se résume-t-elle à l'activité des artistes et artisans conventionnels ou englobe-t-elle toute activité ayant une incidence sur les valeurs, les croyances et l'identité ? Pour des motifs pratiques, Winn préconise un sens mitoyen, lequel embrasse l'éducation, la religion et les communications de masse ainsi que les secteurs culturels classiques comme la musique et l'édition. Il se penche en outre sur les divers obstacles à la formulation d'une politique culturelle, notamment la faiblesse des symboles nationaux, le biculturalisme, le fédéralisme, le pragmatisme, le puritanisme et les conséquences totalitaires que l'on peut prêter à l'engagement du gouvernement dans le domaine de la culture.

L'auteur énonce quatre principes de la politique culturelle fédérale : accroître la conscience et l'indentité culturelles des Canadiens; mettre l'accent sur la culture de masse, la télédiffusion en particulier; augmenter les ressources des producteurs culturels canadiens de sorte qu'ils puissent mieux soutenir la concurrence sur les marchés; et enfin, l'idéal que constitue la liberté culturelle. Winn établit un parallèle entre ces principes et la politique de la télédiffusion.

L'auteur affirme pour conclure que les recommandations formulées par Keyes et Brunet sont conformes aux grands principes qui sous-tendent les règlements canadiens relatifs à la culture et à la télédiffusion. Le premier principe, la mise en valeur de l'expression culturelle indigène, est contenu dans la recommandation de Keyes et Brunet visant à ne protéger que les émissions canadiennes. En l'absence de règlements du CRTC, la protection des émissions

canadiennes en vertu du droit d'auteur pourrait porter atteinte à la télédiffusion de ces émissions. Cependant, le choix des canaux transmis par câble est assujetti à une réglementation. Le deuxième, qui porte sur la culture de masse et la télédiffusion, implique qu'il faudrait étudier très sérieusement la question d'un droit de retransmission. Le troisième principe, c'est-à-dire l'accroissement des ressources des producteurs canadiens, serait respecté si le droit de retransmission était structuré de façon à ce que les artistes, créateurs et producteurs canadiens reçoivent des redevances plus élevées. Enfin, le quatrième principe, soit la liberté culturelle, serait atteint si une attention particulière était accordée aux artistes, créateurs et producteurs canadiens indépendants.

Dans le chapitre 6, **Le droit d'auteur, les relations fédérales-provinciales et les relations internationales**, Conrad Winn fait remarquer que le droit d'auteur est de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. Néanmoins, ce dernier aurait probablement intérêt à consulter les provinces puisque la ligne de conduite régissant le droit d'auteur touche des industries culturelles qui intéressent les administrations provinciales. La consultation intergouvernementale en matière de droit d'auteur pourrait susciter l'appui des provinces à l'égard des industries culturelles, de même que la collaboration interprovinciale et fédérale. À l'heure actuelle, les opinions des provinces quant aux droits de retransmission par câble sont incomplètes et partagées tout à la fois. Au cours de pourparlers, les gouvernements provinciaux pourront mieux comprendre les difficultés qu'éprouve Ottawa à concilier les désaccords entre provinces et entre régions. Il est possible que ces échanges donnent naissance à des propositions originales. Néanmoins, la nécessité des consultations ne devrait pas retarder outre mesure la mise à jour de la loi si longtemps attendue.

En ce qui concerne les relations internationales, Conrad Winn allègue que les obligations multilatérales du Canada n'excluent pas le droit de retransmission des seules émissions canadiennes. Le Canada est habilité à protéger les produits culturels indigènes, comme les émissions qui ne sont pas régies par les conventions en matière de droit d'auteur que le pays a ratifiées. Les engagements pris par le Canada dans le cadre du GATT n'empêchent pas l'adoption d'un droit limité de retransmission, car les restrictions du GATT à l'égard du protectionnisme comportent de nombreuses exemptions en matière culturelle.

La réaction des États-Unis risque d'être moins vive qu'elle le fut au moment de l'abolition du dégrèvement fiscal applicable à la publicité diffusée sur les ondes des stations frontalières américaines, car la perte de revenus engendrée par la recommandation de Keyes et Brunet n'est pas immédiate, mais virtuelle. Si l'on accentue le caractère protectionniste de la politique culturelle canadienne, il se peut que le gouvernement des États-Unis oppose moins de résistance. Il

est possible que l'influence politique exercée par les télédiffuseurs frontaliers américains s'atténue à mesure que le gouvernement américain se rendra compte de l'importance réelle d'une politique culturelle en comparaison de problèmes bilatéraux plus sérieux comme l'énergie, les ressources en eau, etc. Les États-Unis auraient peut-être une réaction mitigée devant les initiatives du Canada s'il adoptait une disposition analogue au droit d'auteur mais hors des cadres de cette loi, ou si cette protection visait les émissions non commerciales qui, en pratique, sont pour la plupart canadiennes.

Selon l'interprétation retenue, la recommandation avancée par Keyes et Brunet peut protéger non seulement la programmation canadienne, mais aussi toutes les émissions dont les droits canadiens exclusifs sont détenus par des diffuseurs canadiens. Cette dernière interprétation suppose que le droit d'auteur doit prévoir la substitution et la suppression différées des émissions transmises par câble, lorsque le télédiffuseur canadien est l'unique titulaire des droits de diffusion locale. Il est possible que le gouvernement américain ne manifeste pas une réaction aussi négative qu'on peut le prétendre à l'égard d'une telle politique, car les titulaires du droit d'auteur sur les émissions américaines pourraient s'attendre à des recettes supplémentaires de la part de leur clientèle canadienne. Ces Américains titulaires de droits d'auteur ne subiraient aucune perte équivalente sur le marché national, puisque les télédiffuseurs frontaliers américains paient leurs émissions en fonction de l'ampleur de leur auditoire. Une disposition prévoyant la substitution et la suppression différées des transmissions non autorisées respecterait le principe reconnu à l'échelle mondiale selon lequel les droits peuvent être subdivisés aux niveaux national et régional.

Dans le chapitre 7, **Questions d'ordre administratif et réglementaire**, Winn fait état du système de licences obligatoires pour la retransmission aux États-Unis. En vertu de la loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur, les réseaux de télédistribution versent des redevances afin d'être autorisés à retransmettre les émissions, y compris celles d'origine canadienne, au Copyright Royalty Tribunal qui détermine ensuite la façon dont ces recettes doivent être distribuées entre les requérants. La principale conclusion à tirer de cette expérience américaine à la fois confuse, officieuse et controversée est que la loi canadienne devrait prescrire des méthodes claires et simples régissant le calcul et la distribution des redevances et ne devrait autoriser qu'une délégation limitée des pouvoirs de réglementation. Des méthodes simples en vue de la perception des redevances auprès des entreprises de télévision par câble et de leur distribution aux parties concernées diminueront les risques d'erreur. Des restrictions circonstanciées quant à la latitude accordée à l'organisme de réglementation en matière de droit d'auteur pourraient éviter que le régime d'octroi de licences, une fois mis en vigueur, ne s'éloigne trop de l'objectif visé par les législateurs.

L'auteur conclut en outre que le gouvernement du Canada devrait songer à approfondir dans quelle mesure les intérêts du pays ont pu être lésés par l'application du régime de licences obligatoires aux États-Unis. En vertu du système américain, les entreprises de télédistribution doivent verser, pour diffuser les émissions de la Société Radio-Canada, un montant de quatre fois supérieur à celui qu'elles versent pour diffuser celles des réseaux ordinaires des États-Unis. Les redevances qui ont été attribuées à la SRC ne témoignent ni de cet état de choses, ni du fait que Radio-Canada est l'unique propriétaire d'un bon nombre de ses propres émissions. L'infime part qui avait à l'origine été affectée à la Société Radio-Canada, affaire maintenant portée devant les tribunaux américains, est due au caractère informel des délibérations du tribunal : la Motion Picture Association of America y a en effet exercé une énorme influence et a récolté la part du lion. Si les entreprises canadiennes ont été désavantagées et si le Parlement adopte un régime prévoyant le versement direct de redevances aux réseaux américains, il serait peut-être à souhaiter que le Cabinet assujettisse le paiement des redevances aux entreprises américaines à un règlement satisfaisant de la question de la distribution des redevances dans le cadre du régime américain.

Dans le chapitre 8, **Le droit d'auteur et les autres droits virtuels en matière de télédistribution**, Conrad Winn avance que les futures innovations créeront une demande de droits nouveaux et qu'un droit de retransmission devrait être élaboré de façon à exclure les caractéristiques peu souhaitables que l'on pourrait éventuellement invoquer comme précédents. Il propose à cet égard sept principes : que la priorité soit accordée aux créations canadiennes; que les produits procurant des avantages sociaux soient encouragés; que des profits réels soient engendrés; que le régime de distribution soit simple; que le régime de distribution soit fondé sur des assises valables; que les procédés administratifs et décisionnels soient faciles; et qu'une politique extérieure cohérente soit élaborée. Winn exprime l'avis qu'il vaut mieux ne disposer d'aucun droit de retransmission que d'être assujetti à un droit qui a pour effet de diriger la plupart des recettes vers les propriétaires étrangers ou qui ne procure aucun bénéfice important aux créateurs canadiens. Il précise qu'il faut octroyer de tels droits non seulement afin de rendre justice aux créateurs, mais encore parce que l'ensemble des Canadiens retire des avantages sociaux du fait que la loi sur le droit d'auteur encourage la production de certaines oeuvres. Pour éviter les différends complexes et démoralisants qu'ont connus les Américains, les dispositions de la loi canadienne devraient clairement déterminer les parties tenues de verser les redevances et celles autorisées à les recevoir. On devrait utiliser des données fiables et valides pour calculer les versements. Les dispositions statutaires destinées à ajuster les redevances à l'inflation et les mécanismes de règlement des différends devraient être simples, et l'on devrait s'abstenir de créer de nouveaux organismes de réglementation.

Dans le chapitre 9, **Solutions de rechange**, Conrad Winn fait remarquer que le droit d'auteur est l'instrument qui convient le mieux, mais qu'il n'est certainement pas le seul qu'on peut utiliser pour protéger les droits exclusifs sur les émissions, pour rémunérer les propriétaires des émissions qui sont diffusées, ou pour atteindre des objectifs politiques connexes comme renforcer la situation des créateurs canadiens indépendants. La principale raison pour laquelle de nombreux pays ont recours à des semblants de droit d'auteur plutôt qu'au droit d'auteur proprement dit est qu'ils souhaitent éviter d'accorder un droit de prêt public ou d'autres droits analogues aux producteurs étrangers, ce qui serait autrement nécessaire en vertu de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur. Cependant, comme l'ont démontré Keyes et Brunet, le Canada est légalement libre de ne protéger que les émissions canadiennes. Que le Parlement choisisse de favoriser les émissions canadiennes au moyen d'un instrument modéré comme la taxe d'accise, ou de voter une loi d'envergure en matière de droit d'auteur, cela importe peu sur le plan des relations canado-américaines, vu l'importance de la télédiffusion.

Des redevances pourraient être versées aux titulaires des droits sur les émissions à même un fonds commun créé à partir d'une taxe d'accise imposée aux télédistributeurs, d'une manière semblable à un régime de licences obligatoires en matière de droit d'auteur. Cependant, les taxes d'accise n'ont pas la même portée à long terme que le droit d'auteur et ne reflètent pas fidèlement le principe selon lequel le paiement devrait incomber aux usagers. Des programmes de subventions à l'intention des créateurs pourraient être mis sur pied. Les subventions ne sont toutefois pas aussi efficaces que les droits d'auteur lorsqu'il s'agit d'encourager la consommation de produits culturels indigènes. Le remplacement simultané d'émissions par le CRTC pourrait s'étendre à la substitution et à la suppression différées. Il se peut que les Américains soient plus disposés à percevoir la substitution d'émissions comme une tentative désintéressée visant à protéger les droits économiques si cette mesure était inhérente au droit d'auteur plus que si elle émanait du CRTC, organisme auquel on pourrait attribuer des motifs nationalistes et protectionnistes. La réglementation sur le droit d'auteur est en outre avantageuse parce qu'elle peut contribuer à remettre de l'ordre dans un marché révolutionnaire, qui englobe non seulement la retransmission par câble des émissions, mais aussi l'usage accessoire des oeuvres diffusées par les fournisseurs de vidéodisques, et appartenant aux entreprises de télédistribution.

Le chapitre 10, **Conclusions et recommandations**, est le fruit de la collaboration des deux auteurs. Ils se fondent, comme point de départ, sur les critères suivants : premièrement, les dispositions législatives en matière de droit d'auteur influent sur la structure des stimulants commerciaux. Le droit d'auteur est donc un bon moyen d'atteindre les objectifs du gouvernement fédéral pour ce qui est du

contenu canadien. En second lieu, la très grande rentabilité de la télédiffusion privée au Canada a nui au développement du secteur privé de l'industrie canadienne de la production d'émissions. Troisièmement, l'exploitation du câble est extrêmement rentable en raison de la demande du public à l'égard des services de télédistribution, de la situation de monopole, de l'absence de réglementation sur les bénéfices et de l'absence d'obligations en matière de droit d'auteur. Enfin, l'appropriation du marché et la structure actuelle des stimulants ont, dans une large mesure, empêché les téléspectateurs canadiens de profiter des talents créateurs des producteurs canadiens indépendants.

Sur le plan des lignes de conduite, les deux grandes orientations à prendre en considération sont le régime d'octroi de licences obligatoires pour la retransmission et dans quelle mesure la substitution et la suppression des émissions transmises par câble devraient être prévues dans la loi sur le droit d'auteur, afin de sauvegarder les droits canadiens exclusifs sur les émissions étrangères achetés par les diffuseurs canadiens.

Le régime de licences obligatoires pourrait être fondé sur le modèle proposé par Keyes et Brunet (" émissions canadiennes ") ou sur celui du Conseil économique du Canada (" émissions non commerciales "). Bien que le rapport Keyes-Brunet soit la meilleure source de référence et de recommandations sur le droit d'auteur dans son ensemble, nous lui préférons, en ce qui touche la retransmission en particulier, le modèle proposé par le Conseil économique en raison de son efficacité. Comparativement aux diffuseurs privés, les télédiffuseurs publics du Canada ont beaucoup mieux respecté les objectifs de la **Loi sur la radiodiffusion** relatifs au contenu canadien. Il est peu probable que la situation actuelle soit modifiée par le versement, aux télédiffuseurs privés, de redevances au titre de la retransmission.

En ce qui a trait aux relations canado-américaines, le modèle avancé par Keyes et Brunet peut être considéré comme supérieur en principe parce qu'il n'entraînerait aucune fuite directe de redevances, par opposition aux faibles versements attribués au réseau PBS conformément à la proposition du Conseil économique. Toutefois, les États-Unis s'attendent maintenant à la réciprocité, puisqu'en vertu de leur nouveau système de licences obligatoires, ils accordent une protection unilatérale aux émissions canadiennes, sans égard à l'efficacité éventuelle de cette protection. La recommandation du Conseil économique visant à ne protéger que les émissions non commerciales aurait pour effet de conserver la plus grande partie des redevances au Canada à un coût inférieur, compte tenu de la réaction américaine, à celui que pourrait occasionner le modèle de Keyes et Brunet.

Recommandation nº 1 : Que les droits d'auteur en matière de télédistribution soient calculés au prorata des recettes brutes des entreprises de télévision par câble (par exemple, 20 p. 100), montant qui sera rajusté chaque année par un organisme de réglementation, de sorte que la plus grande part des gains excédant le coût des mesures prises par l'industrie afin d'attirer des capitaux soit consacrée à la télédiffusion et à la production.

Recommandation nº 2 : Que les redevances fixées en fonction fonction des recettes brutes des télédistributeurs soient réparties entre les diffuseurs non commerciaux et les producteurs indépendants d'émissions non commanditées, à l'aide d'un système de points. Les diffuseurs non commerciaux se verraient attribuer un point pour chaque heure de programmation indigène et non commanditée retransmise. Les diffuseurs non commerciaux auraient trois points pour chaque heure de programmation indépendante et non commanditée retransmise. Les producteurs indépendants d'émissions non commanditées présentées à la télévision non commerciale obtiendraient sept points l'heure. Tous les mois, les redevances versées par les réseaux de télédistribution seraient remises aux télédiffuseurs non commerciaux et aux producteurs indépendants, en proportion de leur part des points acquis par ces réseaux.

Recommandation nº 3 : Que les producteurs indépendants soient clairement définis comme entités distinctes des télédiffuseurs.

Recommandation nº 4 : Que la **Loi sur le droit d'auteur** dans sa forme modifiée pose le principe que les télédiffuseurs ainsi que les producteurs indépendants étrangers doivent être inclus dans le programme projeté d'octroi de licences obligatoires, mais qu'un décret soit essentiel pour verser des redevances aux télédiffuseurs et producteurs indépendants de n'importe quel territoire étranger. Le gouvernement du Canada devrait s'assurer que les intérêts canadiens en matière de droit d'auteur relatifs à la télédiffusion sont traités équitablement à l'étranger avant que les intérêts du pays en question ne soient financièrement protégés dans le cadre du régime projeté de licences obligatoires.

Recommandation nº 5 : Que la **Loi sur le droit d'auteur** impose des ententes contractuelles aux fins de la propriété exclusive des émissions, eu égard à l'importation par câble de signaux étrangers sans approbation et à la retransmission non autorisée des signaux acheminés à l'aide des satellites par les télédiffuseurs terrestres.

Recommandation nº 6 : Que des droits d'auteur soient versés chaque fois qu'il y a suppression et remplacement des messages publicitaires, et que la substitution et la suppression de la publicité ne soient autorisées que pour les émissions canadiennes diffusées sur les ondes de stations canadiennes.

Si ces recommandations sont acceptées, la Société Radio-Canada et les réseaux provinciaux non commerciaux tireront profit des redevances versées et des mesures destinées à les encourager à ne diffuser aucune publicité.

Les producteurs indépendants et les créateurs qu'ils emploient profiteront d'un système de points avantageux en matière de redevances, dans la mesure où leurs émissions seront diffusées sur les ondes de stations de télévision non commerciales.

Les télédiffuseurs privés du Canada verront leurs émissions protégées de l'importation par câble. Les droits d'auteur acquis les préserveront de la substitution et de la suppression non autorisées des messages publicitaires. En outre, leurs recettes publicitaires augmenteront à mesure que la Société Radio-Canada profitera des redevances sur la retransmission et des incitations à réduire le nombre de messages commerciaux.

Les téléspectateurs bénéficieront d'une baisse de publicité sur les ondes de Radio-Canada et de la diffusion d'un plus grand nombre de productions indépendantes de qualité. Il se peut que certains soient gênés par la suppression de quelques signaux étrangers, destinée à sauvegarder les droits de transmission exclusifs, d'ici à ce que les progrès techniques permettent la substitution différée d'émissions lorsque la version locale d'une émission importée est diffusée en premier.

Les télédistributeurs jouiront de l'octroi d'un droit d'auteur applicable aux émissions offertes par la télévision payante, aux émissions transmises par satellite et à la programmation classique distribuée par câble. Il est également possible que l'industrie de la télédistribution préfère l'octroi de licences obligatoires à une réglementation semblable à celle régissant les services publics, comme l'a recommandé le Comité Clyne.

Dans l'ensemble, nos recommandations respectent la lettre et l'esprit de la **Loi sur la radiodiffusion**, car elles renforcent la télédiffusion publique grâce à des redevances nouvelles, stimulent l'industrie indépendante de la production d'émissions, sauvegardent les intérêts exclusifs des télédiffuseurs privés et protègent les émissions appartenant aux entreprises de télédistribution ou réalisées par elles. Nos recommandations sont en outre conformes à l'engagement pris de longue date par le gouvernement canadien à l'égard des industries culturelles. Elles sont simples du point de vue administratif; qui plus est, elle contournent autant que possible les divergences internationales.

L'annexe I (dont Babe est l'auteur) porte sur l'efficacité et l'attribution des droits de propriété, tandis que l'annexe II (du même auteur) fait le point sur le mémoire de S.J. Liebowitz concernant les avantages et les inconvénients du versement de droits d'auteur en matière de télédistribution. L'annexe III renferme des extraits de la loi américaine sur le droit d'auteur.

CHAPITRE 1

Introduction

par Robert E. Babe

DEUX THÈMES

En avril 1977, le ministère de la Consommation et des Corporations publiait une étude préparée par A.A Keyes et C. Brunet intitulée : **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la Loi**[1]. Cette étude traitait de nombreuses questions relatives au droit d'auteur, (sinon de la quasi-totalité d'entres elles). Elle contenait des recommandations présentant un intérêt particulier dans le cadre de la présente étude, soit l'imposition éventuelle de droits d'auteur aux entreprises de télédistribution pour la retransmission simultanée des émissions de radio et de télévision canadiennes. Cette obligation de payer des droits d'auteur n'existe pas à l'heure actuelle; les télédistributeurs ne sont donc pas tenus de verser des redevances aux détenteurs des droits sur les émissions, en contrepartie de l'usage rentable qui en est fait. Les entreprises de télédistribution font certainement un usage rentable de ces émissions puisqu'elles les diffusent à leurs abonnés contre paiement; or, les frais d'abonnement ne pourraient être perçus si les émissions n'existaient pas.

Keyes et Brunet ont fait les recommandations suivantes :

- Il doit être accordé aux radiodiffuseurs canadiens un droit d'autoriser la retransmission simultanée de leurs émissions canadiennes.

- L'octroi du droit qui précède devant entraîner la détermination d'une base de versement et le versement de redevances, il doit être créé des mécanismes de réglementation appropriés.

- Le Tribunal du droit d'auteur (proposé) doit fixer les droits appropriés et créer les sauvegardes nécessaires pour assurer l'évaluation, le recouvrement et la répartition équitables des redevances entre les Canadiens.

- Que la protection du droit d'auteur soit prévue, au moyen d'un droit de rediffuser, pour des **émissions radiodiffusées** canadiennes, lesquelles ne sont pas couvertes par les conventions sur le droit d'auteur. La protection qu'envisage cette recommandation doit se limiter à des émissions canadiennes d'oeuvres canadiennes.

- En ce qui concerne l'exploitation des services de câble, (ces droits) doivent être prévus dans toute nouvelle loi sur le droit d'auteur[2].

Le ministère des Communications a commandé la présente étude afin d'évaluer les avantages et les inconvénients des propositions de Keyes et Brunet du point de vue de la politique canadienne de la télédiffusion et des communications, et d'envisager les diverses options possibles. Il faut donc se poser un certain nombre de questions connexes dans le cadre de ce mandat. Tout d'abord, la loi sur le droit d'auteur est-t-elle une façon convenable de mettre en oeuvre une politique des communications ? Dans la négative, peut-on proposer d'autres solutions (semblables au droit d'auteur) viables dans le domaine de la télédistribution ? En second lieu, si la loi sur le droit d'auteur constitue effectivement une méthode adéquate et souhaitable pour l'instauration d'une politique en matière de communications, les propositions de Keyes et Brunet sont-elles les meilleures, ou existe-t-il d'autres dispositions plus pratiques, efficaces ou appropriées ?

Il est évident que l'on doit traiter ici de deux domaines bien distincts de la loi et de la politique, et qu'il faut évaluer la faisabilité et la nécessité d'une intégration en cette matière, soit la loi sur le droit d'auteur et les règlements relatifs aux communications (télédiffusion). Nous devons cependant commencer notre analyse par quelques commentaires préliminaires sur ces deux grands thèmes de notre étude.

LE DROIT D'AUTEUR

Le droit d'auteur consiste essentiellement à donner à l'auteur d'une oeuvre originale, ou à son cessionnaire, le droit exclusif de la reproduire ou de l'exécuter[3]. Ces restrictions permettent à l'auteur d'en retirer une compensation monétaire, proportionnelle au succès remporté par son oeuvre dans la collectivité. Si les droits d'auteur n'existaient pas, d'autres personnes pourraient alors copier l'oeuvre

ou l'exposer, afin de la vendre, sans être passé par les affres et les incertitudes du processus créatif. Si cette pratique se généralisait, elle priverait l'auteur, le compositeur ou l'artiste de son droit à une compensation monétaire légitime.

Ainsi le droit d'auteur constitue à la fois un moyen d'assurer la compensation financière des créateurs pour les oeuvres déjà produites et une incitation à poursuivre leurs créations. La loi sur le droit d'auteur permet donc d'équilibrer, d'une part, la compensation monétaire et l'encouragement accordé aux créateurs et, d'autre part, les restrictions apportées à la distribution de leurs oeuvres.

Les fondements philosophiques ou intellectuels du droit d'auteur reposent sur les notions de propriété, de biens, d'échanges et de marché. Théoriquement, l'auteur ou le compositeur offre son oeuvre sur le marché et reçoit, grâce à son droit exclusif de reproduction, une compensation monétaire de la vente de son oeuvre aux intermédiaires, ou au public. Ce modèle de droit d'auteur trouve son origine dans l'idée d'un droit exclusif pour la reproduction d'une création intellectuelle matérialisée, ou sa présentation en public[4].

On peut donc dire que le droit d'auteur permet " ... de canaliser et de contrôler l'information dans la société[5] ", c'est-à-dire de mettre en contact " le monde de la science, de l'art et de la culture avec celui du commerce[6] ".

Le système de droit d'auteur contribue à établir les règles du marché " ... qui déterminent quelle musique on écoute, quels disques on grave, quels films on voit, quels ouvrages on publie et quelles émissions on regarde à la télévision[7] ". Par conséquent, le droit d'auteur touche, dans une large mesure, à tout ce qui donne son caractère, sa forme et son orientation à une société. Ne serait-ce que pour cette raison, on pourrait en conclure que " ... sur le plan du droit de propriété intellectuelle ... il faut définir les règlements en regard des lignes directrices en matière d'instruction, de culture, d'information et de communications[8] ".

Bien que le droit d'auteur soit un moyen de canaliser et de contrôler les courants d'information dans une société, ce n'est pas le seul. Et, quoique le fondement philosophique du droit d'auteur soit l'information considérée comme un bien, ce n'est pas là la seule acception de cette notion de l'information.

On peut également envisager l'information et la création comme des ressources sociales, auquel cas on ne pourrait s'en remettre uniquement aux échanges privés suscités par les forces du marché, ce qui pourrait s'avérer insuffisant ou peu souhaitable. En premier lieu, l'information et les connaissances sont des prérequis à l'utilisation de toutes les autres ressources. C'est la perception et l'évaluation de

ces ressources qui en permet l'utilisation. Par conséquent, la quantité et l'accessibilité de l'information ou des connaissances déterminent la disponibilité réelle des autres ressources.

En outre, l'information recèle les caractéristiques d'un bien public dans la mesure où elle ne s'amoindrit ni ne se détériore du fait d'un partage et d'une utilisation plus étendus. Bien au contraire, sa valeur sociale (par opposition à sa valeur privée) s'accroît avec son utilisation et sa disponibilité[9].

Enfin, l'information partagée tend à définir les limites de la société ou de la collectivité. Une langue commune en constitue un exemple évident, mais les facteurs dont on doit tenir compte sont beaucoup plus significatifs. " Toute connaissance dépend de la possibilité de communiquer et de comparer sa signification au sein d'une collectivité[10] "; il sera difficile, voire impossible, de comparer la signification attribuée à un concept si l'on n'a pas un point de référence relativement commun. Par ailleurs, ce point de référence commun contribue lui aussi à déterminer les limites de la collectivité. Même dans le domaine ultra-spécialisé des mathématiques, on dit parfois que les communications se départagent dans une certaine mesure entre des " camps " rivaux, qui fondent leurs études sur des hypothèses différentes[11]. Cela n'en est que plus vrai pour un pays comme le Canada, qu'on a déjà qualifié de " mosaïque " culturelle et régionale, où les courants internes d'information sont relativement faibles par rapport à l'information en provenance de l'extérieur[12].

Les changements technologiques viennent encore compliquer le problème des droits d'auteur. La loi canadienne actuelle[13], adoptée en 1921 et entrée en vigueur en 1924, était largement inspirée de la loi britannique de 1911[14]. Étant donné que cette loi avait été adoptée à l'ère de l'imprimé, la loi actuelle pourrait bien n'être plus totalement adéquate pour traiter des récentes techniques électroniques permettant de diffuser l'information. Ainsi, la **Loi sur le droit d'auteur** protège la production et la reproduction " d'oeuvres " sous une " forme matérielle quelconque ", ainsi que " la représentation publique " d'une " oeuvre "[15]. Mais, comme l'a souligné le Conseil économique du Canada, " les changements technologiques récents ont singulièrement compliqué la tâche des tribunaux, lorsque ceux-ci doivent déterminer le sens de l'expression forme matérielle et représentation publique[16] ". Il pourrait même s'avérer difficile de déterminer ce qu'est " une oeuvre[17] ".

Les magnétophones, les magnétoscopes, la télévision par câble, la télédiffusion, les vidéodisques, les microprocesseurs, les fibres optiques, les banques de données informatiques, les systèmes vidéotex, les satellites de communications et les photocopieurs démontrent tous l'importance des moyens électroniques de stockage, de recherche et de diffusion de l'information. Tous ces éléments servent à restreindre,

voire éliminer complètement, la " forme matérielle " sur laquelle la notion de droit d'auteur est actuellement fondée; tous remettent en question l'efficacité des lois visant à contrôler la " reproduction ". Des changements technologiques imminents dans le domaine de la diffusion des émissions de télévision pourraient avoir d'immenses conséquences sur l'efficacité de la loi actuelle sur le droit d'auteur pour l'incitation à la production d'émissions de télévision.

Il semble probable que des entreprises de télévision par câble reliées par satellite à travers le Canada deviendront dans un proche avenir un important moyen de diffusion de la programmation qui sera faite par les télédistributeurs eux-mêmes, ou par d'autres, pour les abonnés[18]. Les entreprises pourront offrir un service de télévision payante, les abonnés devant verser une somme supplémentaire pour la programmation additionnelle qui leur est offerte. Ces nouvelles techniques compliqueront encore l'application de la loi, adoptée au début de l'ère des communications électroniques de masse.

En l'absence d'une protection des droits d'auteur contre l'importation d'émissions par câble, on peut penser que le rôle des télédiffuseurs locaux déclinerait, compte tenu de la concurrence accrue des " superstations " diffusant à travers le pays par l'entremise des réseaux de télédistribution interconnectés par des satellites de communications. Présentement, les télédiffuseurs achètent " le droit exclusif " de diffuser des émissions sur leurs territoires; cependant, la loi actuelle sur le droit d'auteur ne protège pas ces droits exclusifs de programmation sur le marché lorsque des stations, y compris les " superstations ", diffusent ces émissions par câble. En sapant ainsi l'exclusivité que confère le droit d'auteur, les réseaux de télédistribution pourraient être un facteur qui pousserait à l'avenir les titulaires de droits d'auteur à ne pas vendre leurs émissions sur les marchés individuels (c'est-à-dire les stations de télévision qui ne diffusent que localement), et de s'adresser plutôt aux " superstations " distribuant leurs émissions par câble, à travers le pays grâce aux satellites de communications.

Les remarques précédentes montrent que la loi sur le droit d'auteur constitue effectivement un outil permettant de structurer et de restructurer le système canadien de télédiffusion. Les révisions de la **Loi sur le droit d'auteur**, ou les autres textes législatifs qui viendraient s'y greffer (et qui intégreraient " d'autres droits ", ou des droits semblables au droit d'auteur), auront également une importance considérable.

On a entrepris une révision de cette loi au Canada depuis un certain nombre d'années déjà. En 1954, le gouvernement a nommé une Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels (la Commission Ilsley) afin qu'elle

fasse des recommandations au sujet de la **Loi sur le droit d'auteur**; aucune mesure concrète n'a cependant été prise à la suite de la publication de son rapport en 1957[19].

En 1966, le gouvernement fédéral demandait au Conseil économique du Canada de préparer une étude et de formuler ses recommandations sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels enregistrés. Le Conseil a présenté son rapport sur ces questions en 1971. En ce qui a trait à la question des droits d'auteur devant être payés par les télédistributeurs pour la retransmission d'émissions à la télévision, le Conseil économique a recommandé que l'on n'impose des droits d'auteur que dans les cas où les émissions retransmises par les réseaux de télédistribution ne sont pas entrecoupées de messages publicitaires, ainsi que dans les cas où les télédistributeurs suppriment les messages publicitaires transmis initialement avec l'émission[20].

Au moment où le Conseil économique publiait son rapport, le ministre de la Consommation et des Corporations annonçait " la formation d'un groupe de planification, chargé d'étudier le rapport et de faire des recommandations dans chaque domaine en vue d'une législation nouvelle[21] ". À la suite de cette révision, un certain nombre de documents ont été rendus publics, dont celui de Keyes et Brunet : **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la loi**, l'analyse la plus poussée qui ait été émise à ce jour au Canada en matière de droit d'auteur. Nous avons déjà mentionné les recommandations contenues dans ce rapport au sujet du paiement des droits d'auteur par les télédistributeurs.

Après la publication du rapport Keyes-Brunet en 1977, le ministère de la Consommation et des Corporations a mis sur pied un Comité interministériel sur le droit d'auteur et a fait entreprendre un certain nombre d'études spécialisées. L'un des documents capitaux dans le cadre de notre propos est l'ouvrage de S. J. Liebowitz, intitulé : **Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre**, publié en 1980[22]. Le professeur Liebowitz s'y prononçait contre l'adoption de modifications à la **Loi sur le droit d'auteur** qui obligeraient les télédistributeurs à verser des droits d'auteur pour la retransmission d'émissions par câble.

Enfin, présentant en 1979 son rapport au ministère des Communications, le Comité consultatif des télécommunications et de la souveraineté canadienne (J.V. Clyne, président) a déclaré ce qui suit :

> À la majorité, le Comité propose que lorsqu'un radiodiffuseur canadien achète les droits exclusifs à une émission pour une région donnée, les compagnies de télédistribution soient tenues de respecter ces droits et que le C.R.T.C. soit chargé de les

faire appliquer. Ces mesures ne devraient être prises qu'à la suite d'un débat public, dont les audiences du C.R.T.C. constitueraient l'un des moments.

Deux membres du Comité (Messieurs Clyne et Fulford) soutiennent fermement que cette manière d'agir serait inacceptable pour les téléspectateurs canadiens...

Le Comité est d'avis que cette question pourrait éventuellement se régler par l'acquisition d'un droit de propriété en vertu d'une loi révisée sur le droit d'auteur.

Le gouvernement fédéral qui a traditionnellement exercé sa compétence dans le domaine du droit d'auteur devrait entreprendre d'urgence une révision complète de la Loi sur le droit d'auteur, en tenant compte de la teneur de l'important rapport qu'ont présenté Messieurs Keyes et Brunet à la demande du ministère de la Consommation et des Corporations et qui a été publié en 1977[23].

Les remarques précédentes montrent clairement que les opinions sont très partagées au sujet de l'imposition du paiement de droits d'auteur aux télédistributeurs pour la retransmission d'émissions, ainsi que sur la nature de cette obligation si on en venait à la prescrire. L'un des principaux facteurs expliquant cet éventail d'opinions tient à l'importance relative qu'ont accordé les diverses études à la politique en matière de communications (télédiffusion), sujet dont nous allons maintenant traiter.

LA POLITIQUE EN MATIÈRE DE COMMUNICATIONS

Alors que le droit d'auteur se définit principalement par rapport aux notions de biens et d'échanges, la politique culturelle canadienne en matière de communications a traditionnellement considéré l'information comme une ressource. Le gouvernement du Canada a participé activement à la formation des courants d'information dans le pays grâce aux institutions telles que la Société Radio-Canada, l'Office national du film, le Conseil des Arts du Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, le ministère des Communications, etc.

L'État s'est immiscé activement dans le domaine de l'information en grande partie parce qu'il estimait que les forces du marché (aussi bien structurées qu'elles soient en vertu du droit de propriété) ne parviendraient pas à empêcher le Canada d'être inondé de produits culturels américains, et ne produiraient qu'un volume insuffisant d'oeuvres canadiennes. Les gouvernements canadiens ont compris que les produits culturels contribuent à définir et à renforcer notre sens de la collectivité et que, sans une production régulière d'oeuvres canadiennes, la cohésion nationale s'en trouverait affaiblie.

Cela ne signifie évidemment pas que le gouvernement ne s'est pas adapté aux forces du marché en apportant des modifications au droit de propriété (ou qu'il ne devrait pas continuer à le faire)[24], afin d'encourager encore plus la création d'oeuvres canadiennes. L'amortissement de 100 p. 100 accordé aux films canadiens et la non-déductibilité de la publicité achetée auprès des stations frontalières américaines par les firmes canadiennes constituent deux exemples d'une modification apportée au droit de propriété, dans la poursuite d'objectifs en matière de communications[25]. Dans le cadre de la présente étude, nous devons évidemment examiner les effets des révisions de la loi sur le droit d'auteur au sujet de la retransmission par câble, dans le contexte plus large des objectifs nationaux de la télédiffusion et des communications au Canada. Ce commentaire ne vient cependant pas en contradiction avec notre affirmation initiale, soit que la politique en matière de communications considère principalement l'information comme une ressource tandis que le droit d'auteur doit avant tout être perçu comme un bien connexe à l'information, qui est offert sur le marché.

Dans un document publié en 1973, l'honorable Gérard Pelletier, alors ministre des Communications, posait un certain nombre de questions que l'on pourrait interpréter comme un exposé des objectifs canadiens en matière de communications. Le ministre demandait, entre autres :

> Comment développer et exploiter au maximum nos réseaux de télécommunications de façon à promouvoir les valeurs sociales et culturelles du Canada et à diffuser d'une façon sûre une image canadienne de notre pays et du monde ?
>
> Étant donné la puissance d'attraction de l'axe nord-sud, comment pouvons-nous maintenir et développer les liaisons est-ouest qui sont essentielles à l'essor social, culturel et économique du Canada ?
>
> Quelles seraient les mesures propres à harmoniser les objectifs et l'action des gouvernements fédéral et provinciaux dans le domaine de la télécommunication, au profit de tous les Canadiens[26] ?

On ne s'était pas encore entendu en 1981 sur la réponse à ces questions complexes. Plus récemment, d'aucuns se sont inquiétés des mesures prises afin de diversifier les efforts permettant d'atteindre les objectifs nationaux. On a souligné que les émissions de télévision diffusées au Canada ont tendance à être produites par les stations et les réseaux en place, ce qui constitue un obstacle majeur à la distribution des productions indépendantes[27]. On nous a donc demandé d'étudier également ce facteur en évaluant le rôle des droits d'auteur par rapport à la politique en matière de communications.

GRANDES LIGNES

Dans le chapitre 2, les deux thèmes de notre analyse sont réunis sur le plan théorique dans une étude des interrelations entre le droit de propriété et les processus économiques. Dans **Le droit d'auteur en tant que bien,** on affirme donc que la loi sur le droit d'auteur devrait être considérée comme une branche spécialisée du droit de propriété ayant trait aux oeuvres intellectuelles, et que les principes applicables au droit de propriété en général constituent des critères utiles pour évaluer les propositions relatives au droit d'auteur. Étant donné que les incitations et les autres processus économiques ne se matérialisent que dans le cadre des droits de propriété, on peut se servir des modifications de ces droits pour apporter les correctifs nécessaires à ces processus. Si le système canadien de télédiffusion canadien n'atteint pas les objectifs qui lui étaient assignés, il faut alors modifier le droit de propriété, et le droit d'auteur est l'un des mécanismes juridiques permettant d'y parvenir.

Au chapitre 3, **Les droits de propriété dans le domaine de la télédiffusion,** on analyse le système actuel de droits détenus par les réseaux de télévision et les entreprises de télédistribution, du point de vue de leur rendement économique et financier, ainsi que les objectifs de la télédiffusion énoncés dans la **Loi sur la radiodiffusion.** On y conclut que ces deux industries sont très rentables, mais qu'elles n'ont pas atteint les objectifs fixés dans la loi précitée. On doit donc apporter certains ajustements au régime de propriété; il faut ici encore se demander si on devrait avoir recours à la loi sur le droit d'auteur.

Dans le chapitre 4, **Les enjeux économiques,** on étudie certains problèmes comme la question de savoir si le droit d'auteur devrait être considéré comme un monopole; diverses questions d'équité; l'effet de la responsabilité des droits d'auteur en matière de télédistribution; l'incidence financière de la télédistribution sur les diffuseurs; les aspects économiques de l'exclusivité des émissions et la transgression de cette dernière au moyen de l'importation par câble de signaux éloignés; ainsi que les incitations économiques découlant des recommandations du Conseil économique du Canada et du rapport Keyes-Brunet au sujet du paiement des droits d'auteur par les télédistributeurs. Ce chapitre contient une annexe entièrement consacrée à l'étude susmentionnée de S.J. Liebowitz.

Le chapitre 5, **Le droit d'auteur en matière de télédistribution, la politique culturelle et la politique de la télédiffusion,** traite de quatre principes et lignes de conduite adoptés par le gouvernement fédéral pour soutenir l'activité culturelle : mettre l'accent sur la culture de masse en général et la télédiffusion en particulier; favoriser l'expression culturelle nationale; améliorer la situation économique des artistes, des

créateurs et des producteurs canadiens afin qu'ils puissent livrer une concurrence plus efficace sur les marchés étrangers et intérieurs; et la liberté d'expression culturelle.

Dans le chapitre 6, qui s'intitule **Le droit d'auteur, les relations fédérales-provinciales et les relations internationales,** nous étudions le problème de la consultation entre les gouvernements fédéral et provinciaux au sujet des révisions devant être apportées à la **Loi sur le droit d'auteur.** Sur le plan international, nous soulignons qu'il serait possible d'adopter un droit de retransmission protectionniste semblable à celui qu'ont recommandé Keyes et Brunet, en vertu des obligations canadiennes nées du Traité sur les droits d'auteur; on pourrait également en adopter la plus grande partie dans le cadre des engagements du Canada en vertu des accords du GATT. Les auteurs reconnaissent toutefois que les États-Unis pourraient s'inquiéter de l'adoption d'une loi sur le droit d'auteur à caractère protectionniste. Ce chapitre énonce certaines mesures permettant de minimiser les répercussions internationales éventuelles, tout en donnant au Canada la latitude voulue dans la poursuite de ses propres objectifs sur le plan interne.

Dans le chapitre 7, **Questions d'ordre administratif et réglementaire,** on étudie l'expérience des États-Unis en matière de loi et d'administration du droit d'auteur, afin d'en tirer profit. On se penche aussi attentivement sur la possibilité que les intérêts canadiens n'aient pas été bien servis dans le cadre du système de licences de retransmission obligatoires aux États-Unis. Nous analysons les conséquences de la création d'un Tribunal du droit d'auteur au Canada ayant un rôle distinct du CRTC et indépendant de ce dernier. Nous évaluons divers critères permettant de déterminer les tarifs des droits d'auteur et d'en distribuer le produit aux titulaires.

Dans le chapitre 8, intitulé **Le droit d'auteur et les autres droits virtuels en matière de télédistribution,** on élabore un certain nombre de principes qui devraient guider toute loi relative aux droits de propriété intellectuelle :

a) Ces nouveaux droits devraient accorder la priorité aux oeuvres canadiennes;

b) Ils devraient comporter des avantages monétaires substantiels;

c) Ils devraient être faciles à administrer;

d) La perception et la distribution des fonds devraient être faites en fonction de données sûres et valides;

e) Ces nouveaux droits devraient être compatibles avec la politique extérieure.

Dans le chapitre 9, on étudie des mécanismes analogues au droit d'auteur et les **solutions de rechange** possibles tandis que le chapitre 10 contient nos **conclusions et recommandations.**

NOTES

1. (Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada pour Consommation et Corporations Canada, 1977).

2. **Ibid.**, pp. 156-158.

3. John Shelton Lawrence et Bernard Timberg, éd., **Fair use and Free Inquiry: Copyright Law and the New Media** (Norwood, N.J., Ablex, 1980), p. 4.

4. En pratique, ce marché idéal est assorti de certaines nuances. Voir à ce sujet les remarques de Ploman et Hamilton :

> Toutefois, le marché idéal n'existe pas plus en matière de droit d'auteur que dans les autres relations économiques. L'idéal d'un créateur individuel capable de vendre son oeuvre au plus offrant sur le marché a certainement été beaucoup plus l'exception que la règle. Outre quelques créateurs célèbres, l'auteur est généralement dans une position de faiblesse pour négocier avec les éditeurs ou les autres utilisateurs de son oeuvre; il ne profite donc pas pleinement des résultats de son travail intellectuel. Edward W. Ploman et L. Clark Hamilton, **Copyright: Intellectual Property in the Information Age** (Londres, Routeledge et Paul Kegan, 1980), p. 27.

5. **Ibid.**, p. 25.

6. **Ibid.**

7. Keyes et Brunet, **op. cit.**, p. 4.

8. Ploman et Hamilton, **op. cit.**, p. 39.

9. Comme dans toute situation de restriction monopolistique, la valeur résultant d'utilisations choisies peut décroître avec une plus grande disponibilité, tandis que la valeur de toutes les utilisations augmente.

10. Gordon D. Kaufman, **Relativism, Knowledge and Faith** (Chicago, University of Chicago Press, 1972), p. 73.

11. Morris Kline, **Mathematics: The Loss of Certainty** (New York, Oxford, 1980).

12. De la même façon, le sentiment collectif de continuité peut être altéré si des informations à caractère historique (contenues par exemple dans une chanson, un poème, des usages ou la tradition) sont submergées par un flot d'images temporelles. Là encore, cela pourrait bien se produire de nos jours. Voir George Steiner, **In Bluebeard's Castle: Some Notes Towards the Re-definition of Culture** (Londres, Faber et Faber, 1971) et Harold Innis, **The Bias of Communications** (Toronto, University of Toronto Press, 1951).

13. **Loi sur le droit d'auteur**, S.R.C. 1970, c.30.

14. Conseil économique du Canada, **Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle**, (Ottawa, Information Canada, 1971).

15. **Ibid.**, pp. 138-139.

16. **Ibid.**

17. Ploman et Hamilton, **op. cit.**, pp. 173-174.

18. Voir Comité sur l'extension du service aux petites localités éloignées et à celles du Nord (Réal Therrien, président), Rapport, **Les années 1980 : décennie de la pluralité - Radiodiffusion, satellites et télévision payante** (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1980).

19. Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, **Rapport sur le droit d'auteur**, (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1957).

20. Conseil économique du Canada, **op. cit.**

21. Keyes et Brunet, **op. cit.**, p. 1.

22. (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada pour Consommation et Corporations Canada, 1980).

23. Comité consultatif des télécommunications et de la souveraineté canadienne (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979) pp. 49-50.

24. Dans cette étude, et comme on l'explique au chapitre 2, la propriété est définie comme le droit à des avantages (revenu de nature monétaire, ou avantage non monétaire) qui sont sanctionnés par la société. Voir C.B. Macpherson **"The Meaning of Property"**, dans C.B. Macpherson, éd., **Property: Mainstream and Critical Positions** (Toronto, University of Toronto Press, 1978) p. 3.

25. E.R.A. Consulting Economists Inc., "An Evaluation of the Impact on the Canadian Feature Film Industry of the Increase to 100% of the Capital Cost Allowance", préparé pour le Secrétariat d'État, 1979; et Donner and Lazar Research Associates, **An Examination of the Financial Impact of Canada's 1976 Amendment to Section 19.1 of the Income Tax Act (Bill C-58) on U.S. and Canadian TV Broadcasters** (Ottawa, ministère des Communications, 1979).

26. L'honorable Gérard Pelletier (ministre des Communications) **Vers une politique nationale de la communication; exposé du gouvernement du Canada** (Ottawa, Information Canada, 1973) p. 1.

27. Hugh Edmunds et al., **A Study of the Independent Production Industry with Respect to English Language Programs in Canada with Recommendations for Policy Action**, Vol. I (Windsor, Centre for Communications Studies, University of Windsor, 1976).

CHAPITRE 2

Le droit d'auteur en tant que bien

par Robert E. Babe

INTRODUCTION

Nous en revenons maintenant aux deux thèmes de notre analyse, soit la **loi sur le droit d'auteur** et **la politique culturelle en matière de communications**[1]. Les fondements historiques et philosophiques du premier thème sont les notions de propriété privée, d'individualisme, de biens et d'échanges, tandis que le deuxième est relié aux notions de service public, de collectivité, d'utilité sociale et de partage d'expériences.

Les prémisses fondamentales de la loi sur le droit d'auteur et de la politique culturelle en matière de communications peuvent sembler à première vue imcompatibles, et c'est d'ailleurs vrai en un certain sens. Sur d'autres plans cependant, le droit d'auteur et la politique culturelle en matière de communications s'intègrent et se complètent harmonieusement. Nous tentons de clarifier ces questions dans le présent chapitre, afin de mieux comprendre la relation pouvant exister entre le droit de propriété et la politique sociale en général, et entre la loi sur le droit d'auteur et la politique culturelle en matière de communications en particulier. Nous soulignons en outre les limites de l'analyse économique, en énonçant à l'intention des responsables de l'élaboration des règlements en cette matière certaines lignes directrices quant à la répartition des divers droits au moyen du droit de propriété.

DROIT D'AUTEUR, PROPRIÉTÉ ET COMMUNICATIONS

Le droit d'auteur est une branche du droit de propriété traitant des créations intellectuelles. En principe, le droit d'auteur ne se distingue des autres secteurs du droit de propriété que par les

catégories de biens visées. Tout comme le droit d'auteur constitue une sous-catégorie de la propriété, celle-ci est une sous-catégorie de la **" valeur globale "**. Nous définissons ici en fait la propriété comme la **valeur du patrimoine.**

En élaborant les distinctions et les relations entre ces concepts, nous serons plus en mesure d'en faire ressortir certains principes généraux quant à la répartition des droits, ce qui constitue, après tout, la question fondamentale en matière de paiement de droits d'auteur pour la télédistribution.

La propriété, ou la valeur du patrimoine, se compose de l'ensemble des droits ou avantages protégés et sanctionnés par l'État. La propriété comprend les droits qui sont codifiés, répartis et assurés par des règles formelles (la loi). C'est l'aspect économique des droits qui est transigé sur le marché.

La propriété peut être de nature exclusive (propriété privée) ou non exclusive (les biens publics, par exemple)[2]. Quoique seule la première soit échangée sur le marché, ces deux genres de propriété sont fondés sur la possibilité de faire observer ces droits par l'État[3]. Cet ensemble de droits qui, réunis, constituent la propriété peut être modifié et redistribué en fonction de l'évolution de la société elle-même.

La propriété est un mécanisme impersonnel qui assure une certaine cohésion sociale. Le droit de propriété permet la conclusion de transactions, l'échange étant généralement motivé par le propre intérêt des parties. Chacune des parties à une transaction souhaite d'abord et avant tout augmenter la valeur de son patrimoine[4].

Presque toute loi pourrait être qualifiée de droit de propriété dans la mesure où la loi répartit de façon officielle les droits et les obligations. Ainsi, les lois relatives à la protection de la vie privée, au libelle diffamatoire et à la liberté d'expression peuvent être considérées comme droit de propriété pour autant que l'État fasse observer et sanctionne les droits qui représentent une certaine valeur. À titre d'exemple, la réputation d'une personne représente à ses yeux une certaine valeur et, en vertu des lois réprimant le libelle diffamatoire, cette réputation acquiert une valeur susceptible de se concrétiser financièrement.

Les droits de propriété sont presque toujours sujets à certaines restrictions; ils sont rarement absolus. En règle générale, un droit de propriété sanctionné par l'État permettra à son détenteur de retirer certains avantages, mais l'empêchera de prétendre à d'autres privilèges. Ainsi, les télédiffuseurs ne peuvent diffuser des émissions que s'ils y incluent un minimum de contenu canadien, entre autres

obligations. Les propriétaires d'automobiles doivent respecter nombre de restrictions, comme le Code de la route qui réglemente l'utilisation de ce bien. En d'autres mots, l'ensemble des droits qui constituent la propriété a toujours un caractère relatif.

Il est bien compréhensible que les droits de propriété soient rarement, sinon jamais, exhaustifs ou absolus parce que des droits de propriété absolus seraient souvent incompatibles avec l'interdépendance des droits. Pour en revenir à nos exemples précédents, les télédiffuseurs qui consacreraient une part disproportionnée de leur programmation aux émissions étrangères entreraient en conflit avec le droit de l'auditoire à recevoir des émissions canadiennes et, ce faisant, contribueraient à amoindrir le sentiment national. Les conducteurs d'automobiles qui transgressent le Code de la route violent le droit des autres personnes à la sécurité. Comme l'a fait remarquer un auteur reconnu en matière de propriété :

> Si l'on permettait à quiconque de faire absolument tout ce qu'il désire avec ses biens en faisant par exemple du bruit, en dégageant des odeurs ou en causant un risque d'incendie, cela pourrait ôter toute valeur à la propriété en général. Pour être réellement efficace, le droit de propriété doit donc être encadré de certaines restrictions, ou d'obligations positives imposées au propriétaire et sanctionnées par l'État, tout autant que par le droit d'exclusion qui est le fondement même de la propriété[6].

Ces remarques générales nous permettent de conclure que les droits de propriété des télédistributeurs pour la retransmission d'émissions ne peuvent et ne devraient pas être exhaustifs ou absolus, en raison des droits opposés qu'y possèdent d'autres parties, y compris les télédiffuseurs, les créateurs, l'auditoire et les gouvernements. Ainsi, la loi fait de la télévision par câble un élément du système canadien de la télédiffusion, et celui-ci est tenu de poursuivre les objectifs énoncés dans la **Loi sur la radiodiffusion**. Il s'ensuit donc que l'on devrait structurer les droits et les obligations des télédistributeurs afin qu'ils contribuent de façon raisonnable à la poursuite de ces objectifs.

LES BIENS INTANGIBLES

La richesse globale se compose des biens matériels (valeur du patrimoine) et des biens intangibles. Ces derniers comprennent des aspects de la vie qui, tout en représentant une certaine valeur, ne sont pas et ne devraient peut-être pas être encadrés et sanctionnés par l'État. La charité, l'amour et l'empathie constituent des exemples

d'attitudes ou d'actions tout à fait volontaires, qui ne peuvent être sanctionnées légalement, mais qui représentent tout de même une valeur. Le fait qu'elles ne soient pas obligatoires les excluent cependant du concept de propriété; c'est donc leur aspect volontaire qui caractérise les valeurs intangibles.

On peut fort bien imaginer des structures sociales (famille, tribus, communes, races, etc.) au sein desquelles la plus grande partie des biens sont produits et échangés volontairement. On peut d'une certaine façon définir la sécularisation de la société comme le processus par lequel la richesse globale se transforme peu à peu en propriété (c'est-à-dire, le déclin des valeurs intangibles) ou, à l'inverse, la croissance de la propriété au point où elle en vient à représenter la richesse globale (soit la transformation des valeurs intangibles en propriété). Au cours de ce processus, des droits et des obligations formelles remplacent la coopération volontaire comme mode d'organisation sociale, et la recherche de l'intérêt privé ou de l'enrichissement personnel remplace l'empathie comme facteur principal des échanges[7].

Les exemples suivants illustrent la distinction entre les biens matériels et les valeurs intangibles. Dans le domaine des relations de travail, la richesse globale devient synonyme du concept de propriété dans le cadre d'une " grève du zèle ", ou dans celui d'un système de classification des fonctions très précis et observé par les parties. En matière de bien-être social, les pensions de vieillesse constituent un bien (un ensemble de droits sanctionnés par la loi) qui se substituent à la cellule familiale. De façon plus générale, " l'esprit " de la loi est relié à la notion de valeur intangible, tandis que la " lettre " de la loi est plutôt reliée au concept de propriété.

Compte tenu des deux thèmes de notre analyse, la distinction entre valeur intangible et patrimoine est importante pour le sujet à l'étude. Le droit d'auteur est un bien, tandis que la politique culturelle en matière de communications est intimement liée à la notion de valeur intangible.

Dans le cadre des structures sociales principalement caractérisées par l'échange de valeurs intangibles, nous pourrions citer l'exemple du conteur tribal dont la fonction et la responsabilité consistent à assurer la cohésion des familles et de la tribu d'une génération à l'autre. La politique culturelle en matière de communications dans la société moderne constitue le pendant contemporain de ce conteur traditionnel. On essaie, par une politique des communications, de maintenir, de renforcer et d'établir de nouveaux courants de communications, afin d'affermir le sens de la collectivité.

La politique culturelle et la politique des communications visent à l'intégration des citoyens grâce au partage de valeurs intangibles comme l'histoire, les coutumes, les perspectives d'avenir et certaines caractéristiques communes. Tout comme la tradition orale, la politique culturelle vise d'abord et avant tout l'échange de valeurs intangibles. La politique culturelle doit cependant se servir de la propriété pour atteindre ses objectifs d'intégration communautaire. L'une des prémisses importantes de la politique culturelle tient au fait que les oeuvres intellectuelles indigènes assorties d'un droit de propriété (soit les oeuvres sujettes au droit d'auteur) sont intimement liées aux valeurs intangibles qui contribueront à cette intégration sociale. On verra au chapitre 4 jusqu'à quel point cette prémisse se vérifie.

Le gouvernement doit utiliser la propriété pour réaliser ses objectifs, parce que c'est là sa nature et son rôle. Il répartit et sanctionne les droits de propriété; il ne peut cependant répartir et sanctionner l'empathie ou la coopération.

Nous pouvons donc observer ce paradoxe fondamental de la politique des communications dans une société moderne. D'une part, le gouvernement désire utiliser les moyens et les processus de communications afin d'intégrer et de rassembler divers individus, provinces et régions pour en faire une " collectivité " viable. D'autre part, les moyens à la disposition de l'État se caractérisent par la coercition et l'intérêt individuel, facteurs qui auraient plutôt tendance à susciter la division et la dépersonnalisation. En matière de télévision commerciale, le " conteur " (la station de télévision) reçoit le droit d'utiliser un permis de diffusion à condition d'allouer un certain pourcentage de son temps d'antenne à des productions canadiennes (obligations et sanction). Cependant, le télédiffuseur est souvent réticent à respecter " l'esprit " de ses obligations, puisque les émissions en provenance des États-Unis lui rapportent plus que les émissions canadiennes (recherche de son intérêt). Les annonceurs sont beaucoup plus préoccupés d'augmenter les ventes de leurs divers produits que d'unifier le pays (recherche de leur intérêt). Enfin, la télévision est une forme de communication électronique à sens unique : elle est impersonnelle.

Il existe un deuxième paradoxe que Harold Innis, l'éminent historien canadien et spécialiste des communications, a été le premier à décrire. Innis soutient que nous avons assisté à un changement progressif des moyens de communications : durables et difficiles à transporter qu'ils étaient, ils sont devenus éphémères et facilement transportables. Pour reprendre l'expression d'Innis, les moyens de communications " temporels " sont remplacés par des moyens " spatiaux ". Ainsi, les émissions télévisées par satellite atteignent

instantanément l'ensemble du pays, mais le message véhiculé est éphémère, tandis que les autres médias sont beaucoup plus difficiles à transporter mais les messages sont plus durables.

> Selon Innis, l'histoire occidentale moderne se caractérise par le passage d'un mode d'organisation temporel à un mode d'organisation spatiale. Cette obsession de l'espace, de la patrie et de l'instant a mis en lumière la relativité de toutes les valeurs et a amené la civilisation occidentale au bord du nihilisme, au yeux d'Innis[8].

Par conséquent, si Harold Innis a raison, les techniques mêmes qu'utilise le gouvernement pour unifier le pays peuvent susciter la division et les litiges. Les moyens techniques (la télévision et les technologies connexes du câble, des satellites, du magnétoscope, etc.) accentuent de par leur nature l'importance de l'instantané aux dépens de la permanence, de la continuité et d'autres valeurs fondamentales de la politique culturelle.

Une politique en matière de communications doit cependant faire appel au droit de propriété puisque les valeurs intangibles ne peuvent tomber sous le coup d'une loi ou faire l'objet d'une sanction. Cette politique doit également recourir aux technologies modernes puisqu'elles sont largement utilisées et, bien que nous nous demandions si on arrivera jamais à élaborer une véritable politique des communications, à cause des limitations susmentionnées, il est tout aussi manifeste qu'en l'absence d'une politique culturelle en la matière, la situation se détériorerait rapidement et radicalement car il y aurait alors beaucoup moins de messages d'origine canadienne. Il faut donc mieux structurer les relations de propriété de façon à les harmoniser dans la mesure du possible avec les objectifs de cette politique.

LE DROIT D'AUTEUR

La loi sur le droit d'auteur est " ... l'expression juridique des droits qu'a accordés le Parlement à un créateur pour protéger son oeuvre contre diverses utilisations possibles et non autorisées[9] ".

On pourrait aussi dire que le droit d'auteur constitue " ... un ensemble de lois et de pratiques restreignant le droit de reproduire ou d'exécuter des oeuvres individuelles[10] ". Comme dans toute loi, le droit d'auteur répartit les droits entre des parties opposées, en l'occurrence les producteurs et consommateurs de biens intellectuels.

Si les valeurs se transforment en biens (ou si la propriété s'accroît au point d'englober les valeurs), la tradition orale devient alors assujettie au droit d'auteur. Les histoires et les autres créations intellectuelles sont produites et distribuées, non pas essentiellement en fonction du lien émotionnel pouvant exister entre l'auteur ou le conteur et le groupe, mais plutôt en vertu des arrangements contractuels réglementant l'échange de biens entre le producteur et le consommateur, la loi permettant de faire observer ces droits et obligations.

Considéré sous cet angle de la propriété et du droit d'auteur, le producteur d'un bien intellectuel est récompensé en fonction de l'ensemble des transactions ayant généralement un caractère impersonnel. Cependant, la politique en matière de communications, c'est-à-dire la participation collective de l'ensemble de la société dans le processus des communications, constitue toujours une partie intégrante de l'échange des biens, même lorsque cet échange est fait dans le cadre de transactions individuelles et dépersonnalisées.

Les " conditions d'échange " sont fixées par la loi, celle-ci étant le résultat d'un processus collectif. Les individus n'adoptent pas de lois; c'est la société qui s'en charge. Ainsi, (légalement) leur comportement est fonction de la loi établie, qui est adoptée collectivement. Nous constatons une fois de plus que le droit d'auteur et la politique des communications sont liés de façon indissoluble. Un droit de propriété dépersonnalisé se substitue à l'empathie existant entre l'auteur et la société, et les transactions ont tendance à s'individualiser plutôt qu'à se collectiviser. L'ensemble de la société, par l'intermédiaire de l'État, prévoit néanmoins les droits et les obligations nés de la transaction.

L'IMPORTANCE DE LA PROPRIÉTÉ

La propriété est l'essence même de l'organisation des sociétés modernes; elle crée et maintient des relations entre les gens. En fait, " ... tout système de propriété est un système dans lequel chaque personne possède des droits à l'égard d'autres personnes[11] ". De façon plus précise, la propriété privée entraîne également l'obéissance en réservant l'usage du bien aux seuls propriétaires : " la propriété des choses entraîne également un certain **pouvoir de commandement** sur les êtres humains[12] ".

Les forces du marché ne fonctionnent que dans le cadre du système juridique et, en particulier, dans celui du droit de propriété. L'existence des marchés entraîne la notion d'échange de propriété, mais les " conditions d'échange " sont en partie prévues par la loi. Plus précisément, c'est la loi qui détermine " ... les droits relatifs, les risques relatifs, ainsi que les avantages ou les inconvénients relatifs d'un système coercitif[13] ". Comme c'est la loi qui détermine ces droits relatifs, il s'ensuit que " ... la loi a également comme

fonction partielle de veiller à la distribution des risques et des coûts relatifs, ainsi qu'à la répartition des ressources, y compris le niveau général de revenus et sa distribution[14] ". En résumé, " ... les forces du marché ne se manifestent et ne prennent leur forme et leur caractère que dans un certain contexte juridique, entre autres[15] ".

Étant donné que la propriété est un produit social et que toutes les formes de propriété trouvent leur origine dans l'État qui les définit et les protège, il s'ensuit qu'on ne saurait considérer aucun ensemble de droits de propriété comme " naturel " ou " immuable ", une fois qu'il a été accordé. En tant que produit social, la propriété est le moyen qui permet à la société (consciemment ou inconsciemment) " ... d'atteindre les objectifs de ses membres, ou quelques objectifs de certains de ses membres[15] ". Puisque les objectifs de la société évoluent, la propriété est elle-même sujette à changer.

Il est évidemment peu souhaitable qu'il se produise des changements radicaux et perpétuels dans le droit de propriété, puisque ces changements décourageraient l'esprit d'entreprise et auraient des effets négatifs. Cependant, il est également vrai que :

> Il serait tout aussi absurde de soutenir que la distribution de la propriété ne doit jamais être modifiée législativement qu'il le serait de prétendre qu'on ne doit jamais modifier la répartition du pouvoir politique[17].

Il existe donc un " fardeau de preuve " en matière de changement des droits de propriété, mais il est difficile de dire qui devrait en hériter. D'aucuns estiment que " ... un choix de principe en faveur du statu quo devrait être autant justifié théoriquement que tout autre choix[18] ". D'autres pensent par contre que " ... toute forme de propriété possède ... un droit à la continuité, jusqu'à ce que l'on ait démontré que le changement en vaut la peine[19] ". Quelle que soit l'opinion qui prévaudra, on pourrait justifier un changement du droit de propriété par notre très haut degré d'interdépendance sociale, et aussi du fait que " ... personne ne peut dire raisonnablement : cette fortune m'appartient intégralement et sans restriction, parce que je l'ai amassée sans l'aide de personne[20] ".

On doit enfin souligner que le gouvernement, dans son rôle d'arbitre des droits respectifs de propriété, est tenu d'opter pour l'un ou l'autre mode d'organisation sociale. En fait il doit toujours choisir : il ne peut jamais s'en abstenir et rester " neutre ". Toute propriété entraîne des droits que l'État sera chargé de faire observer. En refusant de modifier le système juridique actuel, tel qu'il a été créé par la loi actuelle, ou peut-être par le droit coutumier, les parties qui profitent du présent système ont entièrement l'appui de l'État[21].

CRITÈRES DE DISTRIBUTION DE LA PROPRIÉTÉ

En adoptant une loi comme celle sur le droit d'auteur, les législateurs doivent tenir compte d'au moins trois éléments : les intérêts du propriétaire (le créateur du bien intellectuel); les intérêts du propriétaire ou client éventuel; et les intérêts des tierces parties, ce qui peut vouloir dire l'ensemble de la société.

Du point de vue du producteur individuel, le droit de propriété privée a toujours été justifié par le droit de vivre et la nécessité de s'en procurer les moyens. " Tous les défenseurs du droit de propriété privée affirment qu'il signifie pour les individus la garantie de profiter des fruits de leur labeur, ou des privations qu'ils s'imposent[22] ". Dans cette optique, la propriété qui assure à chaque personne la jouissance des fruits de son travail constitue un droit autant moral que légal dans la mesure où il certifie au " ... producteur du bien qu'on ne lui enlèvera pas le fruit de ses efforts par la violence[23] ". Sans cette garantie, le créateur serait peu enclin à assurer la production dans une société uniquement motivée par la recherche de l'intérêt personnel, par opposition à une société fondée sur l'empathie.

Le droit d'auteur assure donc avant tout un équilibre entre les intérêts du producteur du bien qui veut obtenir un revenu en vendant son produit, et les intérêts du consommateur ou des consommateurs éventuels de ce produit intellectuel, dont les achats réunis constituent le revenu de l'auteur. On pourrait simplifier à l'extrême en affirmant que l'auteur a intérêt à obtenir un prix aussi élevé que possible, tandis que le consommateur veut obtenir le bien au meilleur prix qui soit. Des conflits de ce genre surviennent toujours lorsque les notions de propriété et de valeur globale se confondent.

Toutefois, ces conflits d'intérêts entre le producteur et les consommateurs sont dans une certaine mesure mitigés lorsqu'on admet que, dans un système économique fondé sur l'échange des biens, une meilleure rémunération assurée au créateur peut amener une meilleure production d'oeuvres intéressantes que si cette récompense était limitée ou nulle. Les consommateurs de biens intellectuels ne seraient certainement pas plus avancés si la production de ces biens devait cesser en raison du revenu insuffisant qu'ils procurent à leurs auteurs.

La loi relative à la propriété doit établir un équilibre entre les intérêts du producteur et du consommateur, lesquels ne sont pas diamétralement opposés, malgrés certaines divergences.

Les législateurs doivent également prendre en considération les intérêts des tierces parties et de l'ensemble de la société lorsqu'ils adoptent une loi relative à la propriété. Il leur faut donc tenir

compte de la nécessité d'assurer une certaine cohésion[24] dans la société, de même que de l'efficacité du processus de communication, dont le rôle traditionnel est de contribuer à l'intégration du pays. Dans le contexte canadien, on doit encourager les communications ayant leur origine au Canada afin de contrebalancer l'effet des messages étrangers qui affluent au pays. Il est significatif de souligner que les lois destinées à encourager la production et la distribution de messages d'origine canadienne sont généralement compatibles avec les intérêts des auteurs canadiens.

Outre les impératifs d'intégration et de cohésion, la société a avantage à être efficace. On qualifie techniquement les produits intellectuels (ou l'information, la connaissance, les créations) de biens publics, dans la mesure où l'utilisation ou la consommation de ce bien par une personne ne lui enlève pas sa valeur utile pour d'autres, et peut même y ajouter. Le plaisir qu'éprouve une personne à regarder une émission de télévision n'est pas amoindri, et il peut même être amplifié, par le fait que d'autres la regardent. En ce sens, il n'est pas souhaitable d'utiliser le mécanisme des prix pour réduire la consommation potentielle de ces biens, puisque celle-ci n'empêche pas d'autres consommateurs d'en profiter[25].

Ces considérations d'efficacité sont directement compatibles avec l'intérêt de tout consommateur d'informations qui cherche à payer un bas prix, mais elles peuvent être inconciliables avec celui des auteurs qui veulent obtenir un revenu plus élevé.

Quoi qu'il en soit, la répartition des droits de propriété a des conséquences sérieuses quant à la poursuite des objectifs d'une société. L'allocation des droits de propriété (que ce soit au moyen du droit d'auteur, ou autrement) aura un effet sur la production globale et l'évaluation monétaire qu'en fera la société. La propriété fait plus que procurer un revenu : elle contribue à déterminer ce que les personnes acquièrent et ce qu'elles estiment être important.

Il est capital de reconnaître et d'appuyer les droits des producteurs et des consommateurs, mais il est tout aussi essentiel de maintenir un équilibre entre eux. De nos jours, la plus grande partie de la richesse est fort abstraite : elle n'est plus associée à des biens tangibles ni au propre travail du propriétaire. Cet état de choses est bien illustré par l'importance des documents financiers comme les actions, les bons, les franchises, les licences, etc.[26]. En outre, une grande partie de l'activité productive consiste à traîner des informations et des connaissances pour lesquelles il est difficile (et peut-être peu souhaitable) de faire observer les droits de propriété, compte tenu des innovations technologiques. Enfin, le principe de propriété privée n'est pas en soi d'un grand secours lorsque l'on parle de la répartition des droits dans un monde très interdépendant, où ces droits s'affrontent souvent. Il est par

conséquent raisonnable et désirable de structurer les droits de propriété de façon à atteindre les grands objectifs de la société, tout en maintenant une certaine sécurité pour l'individu.

ANALYSE ÉCONOMIQUE ET RÉPARTITION DE LA PROPRIÉTÉ

Le gouvernement demande fréquemment conseil à des économistes lorsqu'il envisage d'apporter certains changements au droit de propriété; en l'occurrence, c'est à ce titre qu'il a fait appel à l'un des auteurs du présent document. Il est donc important d'énoncer clairement les limites inhérentes à l'analyse économique en cette matière.

L'économie moderne néo-classique est une école de pensée complexe et systématisée, articulée autour de la notion d'efficacité (également appelée " optimisation de Pareto "). La règle d'efficacité sous-jacente à l'analyse économique " scientifique " revient à se poser la question suivante : " Une ou plusieurs personnes peuvent-elles améliorer leur situation matérielle, sans que ce soit au détriment de quelqu'un d'autre ? "

Lorsqu'il s'agit de la distribution et de la redistribution de la propriété, l'analyse économique objective n'est pas d'un grand secours parce que la redistribution transgresse obligatoirement la règle de l'efficacité énoncée ci-dessus. La redistribution se fera certainement aux dépens de quelqu'un, probablement de façon absolue, mais très certainement de façon relative.

La quasi-totalité des énoncés de politique gouvernementale ont une incidence sur la répartition de la propriété. Ainsi, une recommandation en faveur de l'augmentation de la concurrence dans un secteur industriel donné aura pour conséquence, si elle est mise en vigueur, d'éroder la position des entreprises bien établies sur le marché, modifiant ainsi la répartition de la propriété. On ne peut soutenir l'argument à l'effet que les entreprises déjà établies dans un secteur industriel peuvent être " subventionnées " ou " compensées " par les nouvelles entreprises de façon à maintenir la situation qui prévalait avant l'arrivée des concurrents, parce qu'une véritable concurrence ne peut exister lorsque certains compétiteurs sont subventionnés par d'autres.

En résumé, la presque totalité des recommandations en vue d'un changement de politique ou de la continuation d'une politique en vigueur ont des effets sur la répartition de la propriété et, à ce titre, les économistes ne peuvent donc objectivement faire quelque recommandation que ce soit en se fondant sur la notion d'efficacité. Des recommandations en ce sens ont cependant été faites en matière de paiement de droit d'auteur par les télédistributeurs[27].

L'analyse économique peut être utile pour comparer l'efficacité des différents régimes de propriété, pourvu que les objectifs de la politique publique soient bien établis. Les économistes tiennent pour acquis que les acteurs économiques recherchent le meilleur bien-être matériel possible, compte tenu des contraintes imposées par les marchés, ainsi que par le droit de propriété; cette hypothèse leur permet de prédire comment ces participants se conduiront dans le cadre des différents systèmes d'incitation existant dans les divers régimes de propriété.

Une deuxième faiblesse importante de l'analyse économique vient de ce qu'elle tend à ne traiter que des coûts et bénéfices quantifiables, et qu'elle vise seulement les transactions qui se produisent sur le " marché ". Pour en revenir à la terminologie que nous utilisions plus haut, l'économie ne touche que des transactions sur les biens matériels et ignore les échanges de biens intangibles. Dans la mesure où cette valeur intangible est d'une importance capitale (par exemple, l'unité nationale), l'analyse économique peut être plus nuisible que bénéfique, à moins qu'elle ne soit bien conçue et qu'on admette honnêtement ses limites[28].

Compte tenu de ces remarques générales sur la valeur relative de la science économique pour se prononcer sur ces aspects de l'économie politique, étudions maintenant d'un peu plus près trois questions importantes spécifiquement reliées au domaine des émissions de télévision, soit :

" Quel genre d'émissions devrait-on réaliser ? "

" Combien devrait-on en réaliser ? "

" Qui devrait payer ? "

Quel genre d'émissions devrait-on réaliser ?

Les économistes fuient les facteurs qualitatifs. Par exemple, Harvey Levin, auteur d'un ouvrage sur l'industrie américaine de la télédiffusion, avertit le lecteur en ces termes :

> J'admets sans réserve que les indices permettant de mesurer la diversité de la composition des émissions dans les grandes catégories de l'information et des variétés en ignorent complètement l'aspect qualitatif. Je n'ai pas tenté de faire la distinction entre les émissions à petit budget et peut-être de moindre qualité, et les émissions à budget élevé et probablement de qualité supérieure. Le lecteur devra donc être conscient de cette absence d'un indice de qualité dans toutes les mesures quantitatives exposées dans cette étude[29].

Cette indifférence ou cette incapacité des économistes à traiter de l'aspect qualitatif des émissions peut avoir des conséquences néfastes, si l'on admet que les transactions survenant sur le marché ont des effets sociaux et que la propriété n'est pas synonyme de **valeur globale.** Lorsqu'on traite d'une politique en matière de communications (par opposition au droit d'auteur), ce sont ces aspects qualitatifs qui prennent le pas sur les aspects quantitatifs.

L'écoute de certaines émissions peut avoir des conséquences sociales négatives : une programmation étrangère peut affaiblir notre sentiment national[30]; des émissions violentes peuvent ébranler l'ordre social[31]; des émissions décrivant des clichés sexuels ou sociaux peuvent contribuer à une attitude répressive[32]; la pornographie peut porter atteinte à la morale et à l'empathie entre les sexes[33]; la publicité peut susciter l'esprit de lucre et un manque de respect pour la vie privée d'autrui[34].

Avec son esprit habituel, John Kenneth Galbraith a souligné l'utilité limitée de l'analyse économique en cette matière :

> La fabrication d'une toile, de la peinture ou d'un pigment intéresse l'économiste; tout ce qui contribue à abaisser le coût de ces biens ou à augmenter leur production contribue à des objectifs économiques. Mais la qualité du tableau par opposition à celle de la peinture ne lui a jamais semblé être une considération digne d'intérêt[35].

Les indices d'analyse économique ne permettent pas vraiment à l'économiste de traiter de ces questions, ni même d'en tenir compte. Par conséquent, les économistes ne peuvent pas apporter de réponse valable à la question : " Quel genre d'émissions devrait-on produire ? "

Combien devrait-on en réaliser ?

Tout comme les économistes éprouvent certaines difficultés à trouver une réponse impartiale à la question dont on vient de parler, ils ne sont pas plus qualifiés pour déterminer objectivement " combien on devrait en réaliser ". On pourrait s'attendre à la réponse suivante :

> La production d'un bien est efficace si le bénéfice global est supérieur au coût total et que la quantité produite correspond au point où la production d'une unité additionnelle de ce bien entraînerait des frais plus élevés que les bénéfices tirés de celle-ci[36].

Ce qui amène à se demander comment l'on pourrait définir le " bénéfice global " et le " coût total "; si l'on ne possède pas ces renseignements, la maxime précitée ne nous est pas d'un grand secours.

En ce qui concerne la programmation des émissions de télévision, il est impossible de mesurer le " bénéfice global " puisque ces émissions sont un bien public qui n'est pas payé par le téléspectateur (ou à tout le moins pas directement), mais plutôt par les commanditaires ou par le biais de la fiscalité. Compte tenu de cet état de fait, nous ne possédons pas de données au sujet de la demande des consommateurs[37]. Le seul élément de la demande (bénéfice) qui peut être mesuré est la valeur attribuée au temps de publicité par les commanditaires, qui ont leurs propres motifs pour financer la diffusion[38].

Même si l'on pouvait mesurer une échelle de la demande des téléspectateurs, il y aurait toujours d'importantes raisons pour remettre en question sa validité en tant qu'indicateur d'un " bénéfice global ". Tout d'abord, les évaluations du produit fini dépendent de la répartition du revenu; des revenus divers entraîneront des échelles de demandes différentes et, partant, des indices différents du " bénéfice global ". Il n'existe pas de raison de croire que la répartition actuelle du revenu est " optimale ". En second lieu, d'aucuns considèrent que le fait de regarder la télévision produit une certaine accoutumance, indépendamment de la qualité des émissions[39]. Si cela s'avérait, il serait alors inadéquat de considérer l'écoute totale (ou même les paiements versés par les utilisateurs dans le cadre d'un système de télévision payante) comme " des bénéfices[40] ". Certains genres d'émissions peuvent être nuisibles, bien qu'il soit probablement impossible de quantifier ce facteur négatif. Par conséquent, on a tendance à exagérer les évaluations des bénéfices fondés sur les échelles de demande empiriques.

Qui devrait payer ?

Là encore, l'analyse économique traditionnelle donne peu de réponses limpides. On admet que les téléspectateurs ne devraient pas payer eux-mêmes le prix **intégral**, en raison de l'avantage, dont on vient de faire mention, que retire le public de la programmation télévisée. Mais on admet également que " ... les solutions de rechange au paiement direct par l'utilisateur, tels que les taxes ou des prix plus élevés pour d'autres biens, pourraient elles-mêmes entraîner certaines inefficacités ... (puisque) elles peuvent ne refléter qu'imparfaitement la valeur attribuée à des quantités additionnelles de ce bien[41] ". Le problème d'une tarification efficace se complique encore lorsque, comme nous venons juste de l'avancer, on rejette la notion même de consommation comme seule mesure d'efficacité dans le choix et la diffusion des émissions de télévision.

Bien que l'analyse économique traditionnelle ne donne que peu de réponses claires sur le nombre d'émissions de télévision qui devraient être réalisées, sur leur qualité et sur ceux qui devraient payer, elle peut néanmoins fournir certaines indications utiles sur des questions moins globales, comme nous espérons le démontrer dans les chapitres suivants.

RÉSUMÉ

Dans ce chapitre, nous avons analysé de façon générale les relations existant entre la valeur et la propriété et, plus spécifiquement, entre le droit d'auteur et une politique en matière de communications. Nous avons en outre souligné les limites de l'analyse économique pour traiter de questions hors du cadre des droits de propriété. L'économie traite des forces du marché qui ne jouent, par définition, que dans un système de propriété. Par conséquent, l'analyse économique exclut en grande partie les valeurs intangibles de ces considérations. Cependant, lorsque nous étudions une politique en matière de communications, nous traitons d'abord et avant tout de valeurs intangibles.

NOTES

1. La politique en matière de communications comporte en soi deux aspects principaux. Le premier est la politique culturelle qui vise à stimuler la production et la distribution de créations intellectuelles indigènes afin de contribuer à l'unité nationale et à ses objectifs connexes. Le second est la politique en matière de télécommunications qui vise à mettre en place des moyens modernes et efficaces pour distribuer tous les messages.

2. C.B. Macpherson, "Liberal-Democracy and Property", dans C.B. Macpherson éd., **Property: Mainstream and Critical Positions** (Toronto, University of Toronto Press, 1978) p. 206; et Charles Reich, "The New Property", **Ibid.**, p. 188.

3. Jeremy Bentham, le philosophe utilitariste, a fait remarquer que : " La propriété et le droit naissent ensemble pour mourir ensemble. Avant que les lois (y compris le droit commun) n'aient été adoptées, il n'existait aucune forme de propriété; la propriété disparaît dès que les lois sont supprimées. " **Principles of the Civil Code** (1980, cité dans C.B. Macpherson, éd., **op. cit.**, sous le titre "Security and Equality of Property", p. 52.

4. Adam Smith, le père de l'économie moderne, souligne :

> Mais l'Homme a presque toujours besoin de l'aide de ses compatriotes, et il serait vain de s'attendre à ce qu'ils la lui donnent par pure bonté d'âme. Il aura certainement plus de chance d'en profiter s'il peut faire concorder leurs propres intérêts avec le sien, et leur démontrer qu'ils ont tout avantage à faire ce qu'il leur demande... Ce n'est pas la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger qui nous permet de nous nourrir, mais plutôt leur propre intérêt.

> Nous ne faisons pas appel à leur compassion, mais à leur intérêt personnel, et nous ne leur parlons pas de nos besoins mais de leurs intérêts. **Wealth of Nations** (Harmondsworth, Pelican, 1979), pp. 118-119.

5. Cependant, il faut remarquer qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu : les faits justifient parfois l'atteinte à la réputation.

6. Morris Cohen, "Property and Sovereignty", dans C.B. Macpherson, **op. cit.**, p. 167. Voir également Walter Lippmann, **The Public Philosophy** (New York, Mertar, 1955), pp. 90-96; et Richard Posner, **Economic Analysis of Law** (Boston, Little Brown, 1972).

7. Voir Jacques Ellul, **The Ethics of Freedom** (Grand Rapids, Wm. B. Eerdmans, 1975), pp. 199-201. Voir également Christopher Lasch, **The Culture of Narcissism** (New York, Norton, 1978) et Daniel Bell, **The Cultural Contradictions of Capitalism** (New York, Basic Books, 1976).

8. James W. Carey, "Harold Adams Innis and Marshall McLuhan", dans Raymond Rosenthal, éd., **McLuhan: Pro and Con** (Baltimore, Penguin, 1969), pp. 275, 280.

9. A.A. Keyes et C. Brunet, **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la loi**, p. 3.

10. John Shelton Lawrence, "Copyright Law, Fair Use, and the Academy: An Introduction", dans John Shelton Lawrence et Bernard Timbert, éd., **Fair Use and Free Inquiry: Copyright Law and the New Media**, p. 4.

11. C.B. Macpherson, **"The Meaning of Property"**, p. 4.

12. Morris Cohen, "Property and Sovereignty", dans C.B. Macpherson, **op. cit.**, p. 159.

13. Warren J. Samuels, "Interrelations Between Legal and Economic Processes", **Journal of Law and Economics**, XIV (octobre 1971), 2, p. 440.

14. **Ibid.**

15. **Ibid.**

16. C.B. Macpherson, **op. cit.**, p. 13.

17. Morris Cohen, **"Property and Sovereignty"**, p. 162.

18. William G. Shepherd, **The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Enterprise** (New York, Columbia University Press, 1975), p. 74.

19. Morris Cohen, **op. cit.**, p. 152.

20. **Ibid.**, p. 163.

21. Voir Warren J. Samuels, "Interrelation Between Legal and Economic Processes" pour une étude détaillée de cette question.

22. John Stuart Mill, **Principles of Political Economy With Some of Their Applications to Social Philosophy** (1848), cité dans C.B. Macpherson, **Property: Mainstream and Critical Positions**, sous le titre "Of Property", p. 83.

23. R.H. Tawney, "Property and Creative Work", dans C.B. Macpherson, **op. cit.**, p. 136.

24. Remarquez la formulation explicite utilisée dans la **Loi sur la radiodiffusion** de 1968 : " Le système de la radiodiffusion canadienne (devrait) ... sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada ".

25. Daniel Bell, "The Social Framework of the Information Society", dans Michael L. Dertouzors et Joel Moeses, éd., **The Computer Age: A Twenty-Year View** (Cambridge, Massachussetts.; MIT, 1979), et Fritz Machlup, **Knowledge: Its Creation, Distribution and Economic Significance Vol. 1.: Knowledge and Knowledge Production** (Princeton, Princeton University, 1980).

26. Adolf A. Berle et Gardner C. Mears, **The Modern Corporation and Private Property** (New York, Harcourt, Base and World, 1957); voir également John Kenneth Galbraith, **The New Industrial State** (Boston, Houghton Mifflin, 1967).

27. S.J. Liebowitz, **Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre** (Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1980).

28. Les économistes tentent parfois de quantifier cet élément qualitatif en établissant des prix arbitraires, processus par lequel ils essaient d'attribuer aux biens intangibles la valeur qu'ils représenteraient s'ils se concrétisaient. La justesse de ces prix est fonction des critères utilisés. Voir par exemple, Samuel B. Chase, éd., **Problems in Public Expenditure Analysis** (Washington, Brookings, 1968).

29. Harvey J. Levin, **Fact and Fancy on Television Regulation: An Economic Study of Policy Alternatives** (New York, Russell Sage Foundation, 1980), p. 15, nº 25.

30. Harold A. Innis, **Empire and Communications** (Toronto, University of Toronto Press, 1972); K. Nordenstrong et Herbert I. Schiller, éd., **National Sovereignty and International Communication** (Norwood; N.J., Ablex, 1979).

31. Ontario Royal Commission on Violence in the Communications Industry, Report, Vol. I: **Approaches, Conclusions and Recommendations** (Toronto, Imprimeur de la Reine, Ontario, 1977).

32. George P. Elliot, "The Enemies of Intimacy", **Harper's Magazine** (juillet 1980).

33. Ralph Heintzman, "Liberalism and Censorship", **Journal of Canadian Studies** (hiver 1978-1979).

34. Daniel Bell, **The Cultural Contradictions of Capitalism.**

35. **Economics and The Public Purpose** (Boston, Houghton Mifflin, 1973), p. 61.

36. S.J. Liebowitz, **op. cit.**, p. 3.

37. On a déjà essayé d'évaluer la demande en utilisant les tarifs d'abonnement et les taux de pénétration du STAC. Voir John McGowan et Merton Peck, **"Estimating Consumers' Valuation of Additional Programming from CATV Data"**, polycopié, non publié, non daté; voir également William Comenor et Bridger Mitchell, "Cable Television and the Impact of Regulation", **Bell Journal of Economy and Management Science**, Vol. 2, 1971.

38. Erik Barnouw, **The sponsor: Notes on a Modern Potentate** (Oxford, Oxford University Press, 1978).

39. Marie Winn, **The Plug-In Drug** (New York, Viking, 1977); Jerry Mander, **Four Arguments for the Elimination of Television** (New York, Morrow Quill, 1978).

40. Voir à cet égard les remarques de Tibor Scitovsky : " Bon nombre d'avantages satisfont au début le consommateur lorsqu'il lui sont offerts, mais ils deviennent vite pour lui une habitude et il les tient pour acquis. La demande des consommateurs ne diminue pas, mais la motivation originale, soit le désir d'une satisfaction supplémentaire, est remplacée par une motivation nouvelle et très

différente, qui consiste à éviter la peine et la frustration d'avoir à abandonner une habitude acquise. Scitovsky, **The Joyless Economy** (New York, Oxford University Press, 1976), p. 137.

41. Stanley Besen, Willard Manning Jr., et Bridger Mitchell, "Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licensing and the Coast Theorem", **Journal of Law and Economics**, 21, avril 1978, p. 83.

CHAPITRE 3

Les droits de propriété dans le domaine de la télédiffusion

par Robert E. Babe

INTRODUCTION

Par droit de propriété, on entend un système de règles formelles qui contribuent à structurer les forces du marché. Les droits de propriété sont rarement absolus en raison de leur interdépendance; ils sont plutôt répartis entre les membres de la société grâce aux processus législatif et judiciaire.

Représentant la société dans son ensemble, le gouvernement s'intéresse aux résultats de l'activité économique. Puisque l'État doit jouer un rôle dans la répartition des droits de propriété -- et donc dans la propriété elle-même -- il doit tenir compte, lorsqu'il répartit ces droits, des objectifs de la société dont l'un consiste à assurer justice et équité entre ses membres.

Les objectifs sociaux du système de la télédiffusion sont expressément énoncés dans la **Loi sur la radiodiffusion** :

3. Il est, par les présentes, déclaré :

a) Que les entreprises de radiodiffusion au Canada font usage de fréquences qui sont du domaine public et que de telles entreprises constituent un système unique, ci-après appelé le système de la radiodiffusion canadienne, comprenant des secteurs public et privé;

b) Que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par les Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada;

c) Que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter des émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

d) Que la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être (diversifiée) et qu'elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et que la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres;

e) Que tous les Canadiens ont droit à un service de radiodiffusion dans les langues anglaise et française, au fur et à mesure que des fonds publics deviennent disponibles;

[...]

g) Que le Service national de radiodiffusion (Société Radio-Canada) ... devrait contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne;

j) Que la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne devraient être souples et aisément adaptables aux progrès scientifiques ou techniques ...[1].

On en est récemment venu à la conclusion que le fonctionnement actuel du système de télédiffusion n'a pas permis d'atteindre les objectifs énoncés dans la Loi.

À titre d'exemple, on peut citer l'extrait suivant tiré d'un important communiqué du CRTC :

> ... Il a été démontré récemment que le Canadien moyen regarde, par rapport à l'ensemble de la programmation en anglais, 68% d'émissions étrangères. Si l'on supprime les émissions de nouvelles et d'affaires publiques ainsi que les reportages sportifs, les téléspectateurs canadiens regardent 90% des émissions de divertissement étrangères. À part la Société Radio-Canada, les radiodiffuseurs canadiens de langue anglaise n'offrent à leurs concitoyens presque aucune émission de divertissement canadienne dans les périodes de grande écoute et très peu de pièces théâtrales canadiennes, qu'il s'agisse de pièces dramatiques ou comiques, en tout temps. Il faut

> signaler que ce phénomène se produit surtout au plan de la programmation anglaise; la situation n'est pas aussi grave du côté français puisque les émissions de divertissement canadiennes en français rejoignent de larges auditoires. Le Conseil croit toutefois qu'il faut continuer d'améliorer de façon générale les émissions en français[2].

Il faudrait donc songer à modifier le système de propriété dans la mesure où le régime actuel ne permet pas d'atteindre les objectifs de la télédiffusion canadienne. Ces ajustements pourraient inciter les partenaires de cette industrie à mieux respecter ces objectifs. Les changements apportés au système de propriété devraient cependant être équitables pour tous.

La loi sur le droit d'auteur constitue une partie importante du droit de propriété au chapitre de la télédiffusion au Canada. Ce n'est sans doute pas le seul élément, mais il ne faudrait cependant pas le sous-estimer. Étant donné son importance en matière de télédiffusion, la loi sur le droit d'auteur est le moyen tout désigné pour les modifications qu'on devra apporter au système de propriété.

La loi sur le droit d'auteur devrait de toute façon être modifiée compte tenu des importants changements technologiques survenus depuis 1924, ces changements constituant en soi une raison suffisante de passer en revue la loi actuelle pour s'assurer que l'équité est respectée. Nous soulignons néanmoins que le moment est particulièrement bien choisi pour réviser la loi sur le droit d'auteur en raison de l'échec du système de télédiffusion à atteindre les objectifs qui lui avaient été fixés.

Dans le présent chapitre, nous étudierons brièvement le rendement du système canadien de la télédiffusion et nous décrirons et analyserons ensuite le système de propriété actuel. Cette analyse comprend une révision de la loi sur le droit d'auteur, mais ne se limite pas à celle-ci. Nous serons alors en mesure d'examiner en détail, dans les chapitres suivants, les questions relatives au droit d'auteur.

RENDEMENT DE LA TÉLÉVISION CANADIENNE

L'évaluation du rendement du système de la télédiffusion canadienne dépend au premier chef des critères utilisés. Les diffuseurs ont tendance à s'attacher d'abord à des facteurs financiers tandis que les responsables de l'élaboration des règlements au sein du gouvernement se préoccupent généralement beaucoup plus de la programmation. Ces deux éléments, finance et programmation, sont interreliés. De bons résultats financiers indiquent que l'on pourrait améliorer la programmation,

tandis qu'une meilleure programmation pourrait entraîner des résultats financiers moins intéressants[3]. L'équilibre entre le rendement financier et les résultats obtenus en matière de programmation provient de la rentabilité relativement élevée des émissions américaines pour les diffuseurs canadiens. Dans les sections suivantes, nous analyserons le rendement de l'industrie de la télédistribution et des télédiffuseurs canadiens du secteur privé. Nous discuterons ensuite brièvement du rendement du système canadien de la télédiffusion en matière de programmation, en fonction des critères stipulés dans la **Loi sur la radiodiffusion.**

L'ASPECT ÉCONOMIQUE DE LA TÉLÉDISTRIBUTION

Au Canada, la télédistribution a débuté en 1950 à Nicolet, au Québec. Les premiers réseaux ont surtout été installés dans des villes et villages où les signaux de télévision n'étaient reçus qu'avec difficulté. De nos jours, la télévision par câble est essentiellement un phénomène urbain dont les taux de pénétration peuvent atteindre 80 à 90 p. 100 dans certaines régions métropolitaines. En fait, la majorité des Canadiens y sont maintenant abonnés.

On trouvera aux tableaux 1 et 2 les indices essentiels de l'expansion de l'industrie de la télédistribution au Canada. En 1967, seulement 516 000 ménages étaient abonnés au câble, ce qui représentait environ 10 p. 100 des ménages canadiens. De plus, seulement 25 p. 100 des ménages au Canada avaient la possibilité de s'abonner au câble puisque les installations ne passaient pas à proximité des autres foyers. Même à cette époque cependant, on pouvait déjà constater la popularité de la télédistribution à partir du taux de pénétration élevé, ou du taux d'abonnés qui représentait plus de 40 p. 100 des ménages à qui ce choix était offert.

En 1979, 4,1 millions, ou 54 p. 100 des ménages canadiens, étaient abonnés au câble. De plus, en 1979, sur 78 p. 100 des ménages qui avaient le choix de s'abonner au câble, 59 p. 100 l'étaient[4].

Entre 1967 et 1979, les recettes ont augmenté de 1 327 p. 100, passant de 22,1 à 314 millions de dollars, tandis que le rendement avant impôt sur le capital (composé du rendement sur l'avoir propre et de l'intérêt sur la dette capitale) a augmenté de 2 300 p. 100, passant de 3,2 à 76,9 millions de dollars.

L'industrie de la télévision par câble est devenue très rentable. Parallèlement à l'augmentation des taux de pénétration du câble (de 40 p 100 en 1967 à 69 p. 100 en 1979), le taux de rendement avant impôt sur le capital investi (immobilisations nettes) est passé de 10 à 23 p. 100.

L'industrie de la télédistribution est rapidement parvenue à maturité ces dernières années. Compte tenu de l'état de la technologie et des procédures actuelles du CRTC en matière de télédistribution, il est peu vraisemblable, par exemple, que le câble sera offert à beaucoup plus de 80 p. 100 des ménages canadiens. Les évaluations en cette matière indiquent qu'il faut de 30 à 40 abonnés par mille pour qu'une entreprise de télédistribution fasse ses frais, même aux taux actuels[5]. C'est donc dire qu'un télédistributeur qui cherche à maximiser ses profits n'étendra pas volontairement ses services dans les régions moins peuplées, à moins que la réglementaiton ne soit modifiée en conséquence.

On a procédé à d'autres estimations du rendement sur le capital (les bénéfices plus les paiements d'intérêts) revenant à l'industrie de la télédistribution, outre les montants nécessaires pour attirer de nouveaux capitaux. On a conclu que les bénéfices (supplémentaires) de cette industrie ont été de 20 millions avant impôt en 1977 et de 29 millions avant impôt en 1978[6]. Cela signifie que les paiements de droits d'auteur par les télédistributeurs auraient pu atteindre 29 millions de dollars en 1978 sans entraver la croissance de l'industrie, ou sans qu'il soit nécessaire d'augmenter les tarifs d'abonnement. Inversement, les tarifs d'abonnement auraient pu être réduits de 29 millions (ou environ 11 p. 100) sans faire diminuer les nouveaux investissements.

ASPECTS ÉCONOMIQUES DE LA TÉLÉVISION PRIVÉE

Le tableau 3 montre les taux de rendement de l'investissement dans l'industrie de la télédiffusion privée de 1969 à 1979. Ces taux sont indiqués avant impôt et représentent les recettes plus l'intérêt, par rapport aux immobilisations nettes plus le fonds de roulement. Les rendements de la télédiffusion privée sont beaucoup plus élevés que ceux de l'industrie de la télédistribution et, en outre, ils sont aussi supérieurs à ce qui serait nécessaire pour attirer de nouveaux investissements dans l'industrie de la télédiffusion.

Dans une autre étude, nous avons évalué le rendement sur capital (bénéfices plus intérêts) du secteur privé de la télédiffusion canadienne, en sus des montants nécessaires pour attirer de nouveaux investissements. Nous avions conclu que les recettes " supplémentaires " de l'industrie étaient de 42 millions en 1977 et de 50 millions en 1978 (soit environ 37 p. 100 des recettes totales en 1978)[7].

TABLEAU 1
EXPANSION DE L'INDUSTRIE DE LA TÉLÉDISTRIBUTION
AU CANADA

ABONNÉS (1967-1979)

	1967	1969	1971	1973	1975	1977	1978	1979
Abonnés	516 484	923 811	1 398 469	2 115 866	2 860 937	3 417 223	3 727 293	4 084 198
Abonnés potentiels dans les régions desservies par le câble	1 225 410	1 699 749	2 681 346	3 715 009	4 233 221	5 051 360	5 570 710	5 881 453
Ménages canadiens	5 034 000	5 514 000	5 779 000	6 266 000	6 703 000	7 022 000	7 320 000	7 558 000
Pourcentage de pénétration	42,1	54,3	52,2	57,0	67,6	67,6	68,1	69,4
Pourcentage des ménages canadiens abonnés au câble	10,3	16,8	24,2	33,8	42,7	48,7	50,9	54,0
Pourcentage des ménages canadiens pouvant s'abonner au câble	24,3	30,8	46,4	59,3	63,2	71,9	74,7	77,8

Sources : Statistique Canada, **Télédistribution** (annuel), nº de catalogue 56-205
Statistique Canada, **L'équipement ménager** (annuel), nº de catalogue 64-202.

TABLEAU 2
BÉNÉFICES DE L'INDUSTRIE DE LA TÉLÉDISTRIBUTION
(1967-1979)
(en milliers de dollars)

	1967	1969	1971	1973[1]	1975[1]	1977[1]	1978[1]	1979[1]
Total des recettes d'exploitation	22 115	37 853	67 794	103 997	158 769	229 595	269 811	313 081
Dépenses d'exploitation[2]	13 507	23 162	37 667	52 943	81 956	216 433	145 644	180 999
Amortissement	5 234	6 603	12 459	20 974	32 227	42 701	48 760	55 611
Recettes nettes d'exploitation avant impôt (y compris les intérêts)	3 374	8 088	16 668	30 080	44 586	66 461	75 407	79 127
Immobilisations nettes à la fin de l'année	34 145	71 659	103 507	148 661	200 777	269 810	311 900	348 863
Taux de rendement sur les immobilisations nettes	9,9	11,3	16,1	20,2	22,2	22,4	24,2	22,7

Notes : 1. Exclut les entreprises ayant moins de 1 000 abonnés de 1973 à 1979.

2. Les recettes et les dépenses d'exploitation comprennent " les autres dépenses ".

Source : Statistique Canada, **Télédistribution** (annuel), n° de catalogue 56-205.

TABLEAU 3
RENTABILITÉ DE LA TÉLÉDIFFUSION PRIVÉE

1969-1979
(en milliers de dollars)

	1969	1971	1973[1]	1975[1]	1977[1]	1978[1]	1979[1]
Total des recettes d'exploitation	106 574	115 790	170 747	233 571	330 978	403 465	472 541
Dépenses d'exploitation	76 502	92 060	126 107	178 210	247 341	299 088	348 971
Amortissement	6 984	8 258	9 281	11 200	14 103	15 490	17 058
Recettes nettes d'exploitation avant impôt (y compris les intérêts)	23 088	15 472	35 359	44 161	69 534	88 887	106 512
Immobilisations nettes à la fin de l'année	43 314	47 739	58 590	91 785	115 993	122 296	139 176
Taux de rendement sur les immobilisations nettes plus le fonds de roulement avant impôt	40,4	25,6	45,3	38,6	40,5	55,1	54,8

Notes : 1. On obtient le fonds de roulement en distribuant au prorata les recettes totales pour la radio et la télévision dans le rapport des recettes provenant de la télévision contre les recettes accumulées de la radio et de la télévision.
2. Le taux de rendement se compose des recettes plus les intérêts avant impôt, par rapport aux immobilisations nettes plus le fonds de roulement.
3. Les recettes et les dépenses d'exploitation comprennent respectivement les " autres recettes " et les " autres dépenses ", ainsi que les " ajustements " pour les années postérieures à 1971.

Source : Statistique Canada, **Radiodiffusion et télédiffusion** (annuel), n° de catalogue 56-204

ASPECTS ÉCONOMIQUES DU RÉSEAU PUBLIC DE TÉLÉVISION

La Société Radio-Canada (SRC) est une société de la Couronne sans but lucratif, principalement financée au moyen de paiements de transfert du gouvernement; elle n'obtient donc pas de taux de rendement sur l'investissement.

L'importance relative de la télédiffusion publique au Canada a décru constamment depuis le début des années 1960. Alors qu'en 1967 les recettes de Radio-Canada (130 millions de dollars) représentaient 42 p. 100 de toutes les recettes de la télédistribution et de la télédiffusion, les recettes perçues en 1978 par la SRC (468 millions) ne représentaient plus que 36 p. 100 des recettes de l'ensemble du système de télédiffusion. En revanche, les recettes du secteur privé de la télédiffusion ont augmenté de 279 p. 100 en 1969 et 1978, tandis que les revenus de Radio-Canada n'augmentaient que de 130 p. 100[8]. Durant la plus grande partie de cette période cependant, le nombre d'heures de programmation de la SRC a sensiblement augmenté, en dépit d'un budget décroissant en dollars constants[9].

RENDEMENT DE LA TÉLÉVISION EN MATIÈRE DE PROGRAMMATION

Nous nous pencherons maintenant sur le rendement des secteurs privé et public de la télévision en matière de programmation. Bien qu'il soit vrai que l'industrie de la télédistribution diffuse des émissions originales, certaines d'entre elles ayant un caractère valable et novateur[10], il n'en reste pas moins que la fonction première de la télévision par câble consiste à rediffuser des signaux, et non à produire des émissions. (En 1979, cette industrie a dépensé 20,3 millions de dollars pour la programmation, soit environ 6,5 p. 100 de ses recettes[11]). Bien que l'on étudie ici surtout la programmation des télédiffuseurs en raison de leur importance relative, il ne faudrait pas pour autant en conclure à un jugement de valeur négatif sur la programmation des entreprises de télédistribution.

Il ne nous paraît pas nécessaire d'examiner en détail le rendement des télédiffuseurs canadiens en matière de programmation puisque cela a été fait dans des études antérieures[12]. Il faut néanmoins se pencher sur certaines questions fondamentales, dont le rendement respectif des secteurs privé et public.

En 1978, les recettes des télédiffuseurs privés se sont chiffrées à 403 millions de dollars et leurs dépenses de programmation ont atteint 176 millions (44 p. 100). Ces dépenses de programmation comprenaient l'acquisition d'émissions étrangères, les coûts de production des messages publicitaires ainsi que les coûts de production des émissions de télévision canadiennes. Il n'existe pas de données publiques sur le budget spécifiquement alloué aux émissions canadiennes; on a cependant estimé que les télédiffuseurs privés

consacraient environ 40 p. 100 de leur budget de programmation, soit près de 14 p. 100 de leurs recettes, à la réalisation d'émissions canadiennes (approximativement 70 millions de dollars en 1978)[13].

En 1978, la Société Radio-Canada avait un budget total de 518 millions, dont environ 80 p. 100 était consacré à la programmation, par rapport à 44 p. 100 pour le secteur privé. Près de 78 p. 100 du budget de programmation de Radio-Canada est consacré à la télévision, le reste allant à la radio, nationale et internationale[14]. Si l'on se fonde sur ces pourcentages, le budget de programmation de la SRC pour la télévision aurait été environ de 323 millions en 1978. Il est essentiel de souligner que l'assiette des revenus des secteurs privé et public de la télédiffusion canadienne est presque identique et que les deux secteurs sont comparables à cet égard. On trouvera un résumé de ces données au tableau 4.

Après avoir pris note des fonds alloués à la programmation par les secteurs privé et public de la télédiffusion canadienne, nous étudierons maintenant la façon dont ces fonds sont dépensés. La programmation canadienne des stations et des réseaux privés se compose presque exclusivement d'émissions peu compliquées et ne demandant que peu de personnel, comme les jeux télévisés, les nouvelles et les émissions d'affaires publiques, ainsi que les sports. La programmation canadienne de la Société Radio-Canada est beaucoup plus diversifiée et comprend des émissions dramatiques et des comédies de haut calibre. Ces différences de stratégie de programmation entre les télédiffuseurs privés et publics se reflètent dans les statistiques d'emploi. Au cours de la période 1975-1976 à 1977-1978, le nombre d'engagements d'acteurs appartenant à l'Association des artistes canadiens de la télévision et de la radio (ACTRA) durant les heures de grande écoute sur le réseau CTV a décru de 30 p. 100, soit de 1 704 à 1 278, tandis que le nombre total d'engagements tombait de 3 830 à 2 750[15]. Le réseau CTV et ses stations affiliées ne fournissent que 6 p. 100 de la totalité des revenus annuels des membres de l'ACTRA[16]. Par comparaison, la Société Radio-Canada est le principal commanditaire dans le domaine des arts, puisqu'elle présente chaque année à son auditoire environ 30 000 artistes, musiciens, commentateurs et acteurs canadiens. Radio-Canada donne également son appui à des orchestres symphoniques, à des troupes de ballet et à d'autres manifestations artistiques de qualité, qui survivraient difficilement autrement[17]. La Société Radio-Canada verse environ 47 p. 100 du revenu total des membres de l'ACTRA[18].

Les horaires de programmation des télédiffuseurs public et privés diffèrent également. Les stations et les réseaux privés ont tendance à mettre à l'horaire des émissions canadiennes aux heures de faible écoute potentielle. De 19 à 21h30, aux heures de grande écoute, le contenu canadien des stations privées s'établit en moyenne de 10 à 15 p. 100. En outre, les émissions à contenu canadien diffusées par les stations privées sont concentrées durant les mois d'été, lorsque l'auditoire potentiel est à son plus bas.

TABLEAU 4

RÉPARTITION DES RECETTES PROVENANT DE LA TÉLÉDIFFUSION CANADIENNE, 1978

	SECTEUR PRIVÉ		SOCIÉTÉ RADIO-CANADA	
Recettes et dépenses	Milliers de dollars	% des recettes	Milliers de dollars	% des recettes
Recettes	403 465	100,0	404 000	100,0
Dépenses de programmation	176 459	43,7	323 000	80,0
Autres dépenses d'exploitation	132 831	32,9	48 500	12,0
Rendement avant impôt sur le capital, amortissement, intérêts, recettes	94 175	23,3	32 500	8,0

Note : Le secteur télévision de la Société Radio-Canada reçoit près de 80 p. 100 du budget de la Société.

Source : Statistique Canada, **Radiodiffusion et télédiffusion,** 1978, p. 17; A.W. Johnson "Reflectory Canada and the Regions", dans **Canadian Forum** (février 1977).

En revanche, la Société Radio-Canada consacre environ 60 p. 100 des créneaux entre 19 et 21h30 à des productions canadiennes au cours de l'automne et de l'hiver, avec une plus faible proportion durant les mois d'été. Dans l'ensemble, les émissions canadiennes diffusées aux heures de grande écoute représentent 70 p. 100 de l'horaire de programmation de la SRC durant l'automne et l'hiver entre 18 heures et minuit, par opposition à 40 p. 100 à 50 p. 100 sur les réseaux privés[19].

Les téléspectateurs ne semblent pas très intéressés par la plus grande partie de la programmation canadienne des stations et réseaux privés. Ainsi, en novembre 1977, 47 p. 100 des heures de diffusion du réseau CTV étaient d'origine canadienne, mais cette programmation ne représentait que 29 p. 100 des heures d'écoute de CTV; dans le cas de Global, 41 p. 100 de la programmation était canadienne, mais elle ne représentait que 19 p. 100 des heures d'écoute du réseau. Les télédiffuseurs privés canadiens diffusent en moyenne 39 p. 100 d'émissions à contenu canadien, mais cela ne représente que 18 p. 100 de leurs heures d'écoute. Comparativement, 63 p. 100 de la programmation des stations exploitées par Radio-Canada est canadienne et représente 64 p. 100 de leurs heures totales d'écoute[20].

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes en accord avec la conclusion suivante, exprimée dans un rapport publié par le CRTC :

> Les entreprises privées de télévision, particulièrement du côté anglais, continuent à rechercher la protection des règlements tout en contribuant généralement le moins possible au contenu canadien et en réalisant des marges de profit sans cesse accrues[21].

ÉMISSIONS INDÉPENDANTES

On a souvent fait remarquer que les stations et les réseaux canadiens diffusent peu d'émissions canadiennes indépendantes. La Société Radio-Canada a récemment pris des mesures pour essayer de remédier à ces lacunes du système de la télédiffusion canadienne[22].

Les statistiques suivantes révèlent les difficultés rencontrées par les producteurs indépendants. En 1975-1976, le réseau CTV n'a consacré que 6 heures 30 aux productions indépendantes sur un total de 1 200 heures de programmation originale; durant cette année, le réseau CTV a également présenté 30 heures d'émissions en coproduction directe avec des producteurs indépendants[23]. En 1978-1979, on n'a consacré aucune heure d'antenne aux productions indépendantes ou aux coproductions directes[24]. Au sein du réseau CTV lui-même, la production est principalement faite par deux des 15 stations affiliées, soit CFTO-TV Toronto et CFCF-TV Montréal[25].

Un certain nombre de raisons expliquent la rareté des productions indépendantes sur le plus grand réseau privé canadien. Étant donné que sur le plan financier les stations canadiennes ont intérêt à ne diffuser que des émissions simples et peu coûteuses[26], les télédiffuseurs ont, de même, avantage à produire toutes les émissions canadiennes. Dans un document préparé pour le ministère des Communications, MM. Lapointe et Le Goff ont conclu que les émissions recherchées par les télédiffuseurs canadiens — qu'il s'agisse de jeux télévisés ou d'émissions d'affaires publiques — sont réalisées comme les émissions de nouvelles qui " ... sont généralement réalisées dans les stations elles-mêmes, compte tenu des responsabilités que cela comporte[27] ". Par conséquent, " les producteurs indépendants ne sont pas mieux outillés sur le plan technique pour réaliser ce type d'émission ". En outre, " la faible envergure du producteur indépendant ne lui permet pas de partager les risques avec un radiodiffuseur, genre d'entente qui pourrait inciter ce dernier à acheter ses émissions[28] ".

D'autres facteurs peuvent également contribuer à expliquer la réticence des télédiffuseurs privés à utiliser les productions indépendantes. Premièrement, étant donné que le CRTC exige que les télédiffuseurs aient un important équipement de production, certains des coûts afférents à leurs propres installations de production pour le temps de studio et la main-d'oeuvre font partie des frais d'exploitation et non des coûts d'une émission quelconque, ce qui n'est évidemment pas le cas pour le producteur indépendant. En second lieu, l'intégration verticale peut réduire les risques de faillite du producteur d'émissions et assure un approvisionnement constant d'émissions canadiennes au télédiffuseur, qui doit satisfaire aux exigences du CRTC en ce qui a trait au pourcentage de contenu canadien.

Troisièmement, l'intégration verticale permet aux télédiffuseurs de participer aux bénéfices des émissions canadiennes populaires, sans être obligés de les partager (" la location ") avec un producteur indépendant. Ces émissions peuvent être utilisées pour financer les émissions canadiennes qui n'obtiennent aucun succès.

Enfin, les ententes contractuelles entre le télédiffuseur et sa compagnie de production (qui ne constitueront sans doute pas des " transactions à distance ") permettent au télédiffuseur de sous-évaluer ses bénéfices et de se montrer par conséquent moins exigeant dans ses demandes en matière de réglementation.

DROITS DES TÉLÉDISTRIBUTEURS EN MATIÈRE DE TÉLÉDIFFUSION

Le rendement du système canadien de télédiffusion sur le plan financier et en matière de programmation est en partie fonction du système actuel de droit de propriété. La loi relative à la propriété

(et les décisions réglementaires qui en traitent) constituent des moyens par lesquels la société cherche à atteindre ses objectifs. On nous a demandé de déterminer si les droits de propriété actuels en matière de retransmission des émissions (en vertu de la présente **Loi sur le droit d'auteur** et l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux, ainsi que dans la **Loi sur la radiodiffusion** et les décisions réglementaires à cet égard) constituent des incitations adéquates ou suffisantes dans la poursuite des objectifs énoncés dans la **Loi sur la radiodiffusion.** En outre, nous devons déterminer si l'on devrait chercher ces incitations dans la **Loi sur le droit d'auteur**, recommander des modifications appropriées à la **Loi sur le droit d'auteur,** et suggérer d'autres options possibles. L'acticle 3(a) de la **Loi sur la radiodiffusion** prévoit que " les entreprises de radiodiffusion au Canada font usage de fréquences qui sont du domaine public ... ". Cette même loi prévoit, à l'alinéa (c), que " ... le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est icontesté ". De plus, l'article 17(5) de la **Loi sur le droit d'auteur** stipule que : " ... est également considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur quiconque, dans un but de lucre personnel, permet l'utilisation d'un théâtre ou d'un autre local de divertissement pour l'exécution ou la représentation publique d'une oeuvre sans le consentement du titulaire du droit d'auteur ... ".

La nature publique du spectre des fréquences signifie que les télédiffuseurs ne jouissent pas d'un droit de propriété à l'égard de la diffusion de leurs signaux et ce, indépendamment du contenu de l'émission. Par conséquent, les particuliers ainsi que les entreprises de télédistribution ne sont pas tenus de verser une compensation pour la réception de signaux transmis électroniquement.

En outre, appelés à interpréter la **Loi sur le droit d'auteur**, les tribunaux ont décidé qu'il n'existe pas de droit d'auteur en tant que tel dans une émission télédiffusée.

Par conséquent, les entreprises de télédistribution peuvent retransmettre des émissions à leurs abonnés sans avoir à payer des droits d'auteur si elles sont retransmises en même temps que les transmissions par ondes hertziennes.

Il existe trois précédents judiciaires importants à cet égard. Dans l'affaire **Canadian Admiral Corporation v. Rediffusion Inc.**, (1954) (Ex. C.R. 362), le juge Cameron a décidé qu'une émission de télévision devait être une " représentation publique " pour justifier le paiement de droits d'auteur. Bien qu'il fut admis que la télédiffusion d'un film constituait effectivement une " représentation ", on a également décidé que cela ne pouvait constituer une représentation " en public " parce que l'auditoire

auquel elle s'adressait était composé d'abonnés qui regardaient cette émission chez eux, en privé. On a également rejeté l'argument à l'effet qu'un grand nombre de téléspectateurs isolés pourraient constituer collectivement un auditoire " public ", parce que " ... le caractère des auditoires individuels reste rigoureusement le même; chacun d'entre eux est un auditoire privé et domestique, et par conséquent n'est pas " en public[29] ".

Dans la cause **Warner Bros. Seven Arts Inc. et al v. CESH-TV Ltd., (1971)** (Ex. Ct., 25 janvier 1971), le juge Cattanach a décidé que, bien que les émissions ne soient pas protégées par le droit d'auteur en tant que tel, " ... un droit d'auteur protège peut-être les oeuvres contenues dans l'émission elle-même[30] ". Par conséquent, l'enregistrement magnétoscopique des émissions par une entreprise de télédistribution (ce que la compagnie avait fait en l'occurrence pour rediffuser l'émission par la suite à ses abonnés) constituait une reproduction non autorisée " ... par un moyen permettant de représenter mécaniquement l'oeuvre en question[31] ".

Enfin, dans **Capital Cities Communications Inc. et al v. Canadian Radio-Television Commission et al.** (1975), la Cour d'appel fédérale a décidé que le CRTC avait le pouvoir d'ordonner ou de permettre la supression de messages publicitaires contenus dans des émissions venant des États-Unis et distribués au Canada par les réseaux de télédistribution. Le juge Thurlow soulignait dans son jugement :

> Les appelantes ne possèdent aucun droit de propriété ni aucun droit sur leurs signaux dans l'espace aérien canadien. Dans ledit espace les fréquences sont du domaine public en vertu de l'article 3(a) de la Loi sur la radiodiffusion. Lorsque les appelantes émettent sur une de ces fréquences, elles font usage de fréquences faisant partie du domaine public, mais n'acquièrent de ce fait aucun droit soit sur ladite fréquence ou sur les signaux qu'elles émettent sur cette dernière; en outre, elles n'ont aucun droit à la réception de leurs signaux au Canada, sous quelque forme que ce soit, avec ou sans modification. Elles n'ont pas non plus le droit d'exiger que la licence d'entreprise canadienne de réception de radiodiffusion soit conforme à leurs normes ou exigences[32] ".

La Cour suprême du Canada a confirmé la décision de la Cour d'appel fédérale le 30 novembre 1977[33]. Bien que cette affaire et l'appel qui en est résulté ne traitent pas directement de l'obligation des entreprises de télédistribution de verser des droits d'auteur pour la retransmission d'émissions, il est important de souligner que les deux tribunaux ont décidé que les réseaux de télévision par câble ont le droit d'éliminer le contenu commercial d'émissions de télévision elles-mêmes sujettes au droit d'auteur (à tout le moins les émissions américaines), malgré que ce soit précisément ce contenu commercial qui

représente une certaine valeur pour le télédiffuseur en vertu de la licence lui permettant de diffuser des oeuvres protégées par droit d'auteur. Il est également significatif que la Cour suprême du Canada ait cité en l'approuvant l'affaire **Portnightly** des États-Unis :

> Pour l'essentiel, un STAC ne fait rien de plus qu'améliorer pour le téléspectateur la réception des signaux du télédiffuseur; il fournit une antenne bien située et adéquatement reliée aux postes de télévision des particuliers ...
>
> Si un particulier érigeait une antenne sur une colline, faisait courir un câble jusqu'à sa maison et installait les amplificateurs nécessaires, on ne pourrait dire qu'il donne une " représentation " des émissions captées par son poste de télévision. Le résultat serait le même si plusieurs personnes se groupaient pour ériger une antenne collective aux mêmes fins. La seule différence dans le cas du STAC est que les installations ne sont ni construites ni possédées par les usagers mais par un entrepreneur[34].

Bien que les entreprises de télédistribution ne soient pas tenues de verser des droits d'auteur pour les émissions retransmises en même temps que les émissions originales, elles ne peuvent néanmoins utiliser les signaux à leur seul gré. Le CRTC a promulgué certaines restrictions à l'utilisation des émissions diffusées, et il est important d'en souligner quelques-unes.

Tout d'abord, les réseaux de télédistribution ne peuvent pas retransmettre des émissions sans l'accord du CRTC. Ce dernier a déclaré qu'il approuverait en principe la retransmission par câble de toutes les stations de télévision américaines, que la majeure partie de la population peut capter par ondes hertziennes dans la région desservie par le réseau de télédistribution. Cependant, le Conseil n'approuvera pas généralement la retransmission des émissions de deux stations ou plus affiliées au même réseau des États-Unis, même si ces canaux peuvent tous deux être captés en direct. Quant aux télédistributeurs qui captent les signaux américains grâce à des têtes de ligne éloignées et par micro-ondes, ils ne sont normalement autorisés qu'à retransmettre les signaux des trois réseaux commerciaux américains et ceux du réseau PBS[35]. En ce qui a trait aux signaux canadiens éloignés, " la politique générale du Conseil est de restreindre l'autorisation ... (aux stations) qui peuvent être captées en direct à la tête de ligne locale du câblodiffuseur[36] ".

En second lieu, en vertu des directives contenues dans un énoncé de politique datant de 1971, les télédistributeurs ayant au moins 3 000 abonnés doivent, si une station de télévision locale en fait la demande, annuler les émissions d'une station des États-Unis (ou d'une station canadienne éloignée) lorsque cette émission est diffusée simultanément par la station locale[37].

Troisièmement, cet énoncé de politique prévoit que les télédistributeurs ne doivent pas modifier les signaux retransmis par câble, sauf dans les cas où ils ont conclu des ententes contractuelles avec les diffuseurs canadiens pour insérer des messages publicitaires ou d'autres " messages acceptables " pour remplacer les messages publicitaires initialement diffusés par les stations des États-Unis, ces messages de remplacement devant être vendus par les stations de télévision canadiennes[38]. Cela ne comprend pas les messages publicitaires vendus par les télédistributeurs eux-mêmes. Toutefois, cette politique a été rarement appliquée, en raison (partiellement du moins) des pressions exercées sur le plan politique par les télédiffuseurs et le gouvernement américain. Bien que la majorité des télédistributeurs aient installé l'équipement nécessaire à la suppression et à la substitution des messages publicitaires, quelques-uns seulement ont entrepris l'opération. Le CRTC annonçait d'ailleurs le 21 janvier 1977, en réponse à une question de l'honorable Jeanne Sauvé, alors ministre des Communications, qu'il suspendait l'application de cette directive, en attendant que la Cour suprême du Canada ait rendu une décision sur la légalité de l'élimination et du remplacement des messages commerciaux[39]. La Cour suprême a décidé le 30 novembre 1977 que le CRTC possédait effectivement le pouvoir d'ordonner ou d'approuver la suppression des messages publicitaires et que les télédistributeurs agissaient légalement en se conformant à cette ordonnance, au moins en ce qui a trait aux signaux en provenance des États-Unis.

Enfin, le CRTC a déclaré dans son énoncé de politique de 1971 sur la télédistribution que les réseaux de télévision par câble devraient verser une certaine compensation aux diffuseurs en considération de l'utilisation de leurs émissions. Étant donné que cette politique touche au coeur même de notre sujet, il est utile d'en citer de longs extraits :

> Les systèmes de télévision par câble doivent leur existence aux services que leur procurent les stations de télévision et (le Conseil en est arrivé à la conclusion) qu'il doit y avoir un moyen d'assumer financièrement cette relation.
>
> La télévision par câble est une industrie en croissance rapide et généralement florissante. C'est pourquoi certains soutiennent que cette industrie doit verser une subvention aux télédiffuseurs, sans même essayer d'en justifier le principe, mais à partir simplement de la nécessité de ce subside.

D'autres, partant du fait que la télévision par câble nuit aux stations de télévision, affirment que les systèmes de câble devraient payer pour le tort qu'ils font. Le Conseil croit pour sa part qu'il existe un point beaucoup plus fondamental.

Bien que la télévision par câble soit utile aux stations de télévision en améliorant la qualité de l'image et en augmentant le rayonnement, la survivance des stations de télévision ne dépend pas de la télévision par câble. Toutefois, la télévision par câble dépend entièrement des stations de télévision dont elle utilise les services pour constituer une offre intéressante pour les abonnés; la télévision est, à proprement parler, la raison d'être de la télévision par câble. En fait, même si certains exploitants de télévision par câble peuvent alléguer qu'ils ne font que vendre un service d'antenne, aussi complexe qu'il soit, il est clair que les abonnés achètent des émissions et non pas des antennes.

En mots plus simples, le rapport fondamental est le suivant : les stations de télévision sont les fournisseurs et les systèmes de télévision par câble sont les usagers.

Le principe fondamental en jeu ici est le suivant : chacun doit payer pour ce qu'il utilise dans l'exploitation de son entreprise. Même s'il n'en résultait aucun dommage ou si les systèmes de télévision par câble augmentaient les bénéfices des stations de télévision, ce principe vaudrait encore. Par exemple, certaines pièces de musique voient leur popularité augmenter par le fait de leur diffusion à la radio — mais non seulement les stations ne reçoivent rien pour cette diffusion, elles doivent payer pour l'usage qu'elles font de cette musique.

Le Conseil doit donc rattacher le principe fondamental d'une compensation pour les services rendus et pour l'usage qu'on en fait, à la prise de conscience d'un fait bien concret selon lequel les stations de télévision seront incapables à longue échéance, d'assurer, sans compensation, les nombreux services dont dépendent les systèmes de télévision par câble ...

> Le Conseil considère qu'il est urgent que les radiodiffuseurs et les exploitants de systèmes de câble élaborent une formule qui corrigera les injustices qui se sont introduites dans le système. Cependant, à défaut de solution de leur part, le Conseil prendra les dispositions nécessaires pour atteindre cet objectif[40].

Le CRTC a également proposé une méthode de compensation en vertu de laquelle les réseaux de télédistribution verseraient aux diffuseurs un montant déterminé en fonction de leurs recettes, un pourcentage plus élevé étant imposé aux réseaux de télédistribution ayant des revenus supérieurs. Ces derniers recevraient en retour le droit de retransmettre les émissions déjà diffusées, en conservant intégralement les messages publicitaires. Les entreprises de télédistribution pourraient également utiliser une partie de ces fonds pour acheter les droits d'émissions auprès d'autres organismes, comme l'Office national du film.

Le Conseil a cependant éprouvé des difficultés à mettre en oeuvre sa politique relative aux paiements de compensation. Il est possible que le CRTC estime qu'il ne possède plus le pouvoir d'ordonner ces paiements en vertu de la loi actuelle.

Il est utile de souligner que tant la compagnie Rogers Cable TV, lorsqu'elle a fait sa demande pour acquérir le contrôle de la compagnie Canadian Cablesystems, que cette dernière lorsqu'elle a présenté une demande en vue d'acquérir le contrôle de la compagnie Premier Communications, avaient prévu que 1 p. 100 des recettes brutes provenant de la télédistribution serait utilisé pour financer des canaux où sont diffusées des émissions en reprise, et pour assurer le financement intérimaire de films canadiens et d'émissions de télévision réalisées par les producteurs indépendants. La Canadian Cablesystems a déclaré à ce sujet que le financement ainsi prévu " ... permet aux intervenants de l'industrie de la télédistribution de contribuer à la production d'une programmation canadienne concurrentielle, tout en permettant aux participants de déterminer dans une certaine mesure la façon dont l'argent sera dépensé[41] ".

Quel que soit leur mérite, les pratiques adoptées par la compagnie Canadian Cablesystems ne peuvent être assimilées à un paiement de droit d'auteur. En finançant un canal (ou même plusieurs) où sont diffusées des émissions en reprise, la Canadian Cablesystems paie en fait le droit de rediffuser des émissions déjà retransmises sans paiements, et ces paiements sont déjà obligatoires en vertu de l'actuelle **Loi sur le droit d'auteur**, selon l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux dans l'affaire **Warner Bros. Seven Arts v. CESM-TV**. La Canadian Cablesystems ne paie pas pour une retransmission simultanée. En outre, dans la mesure où cette entreprise de

télédistribution consacre des fonds à la création d'une nouvelle programmation qu'elle possède et contrôle (en partie), on ne peut comparer ces sommes au paiement d'un droit d'auteur. Il s'agirait d'un droit d'auteur si la compagnie achetait ailleurs des émissions déjà réalisées.

En résumé, la loi actuelle permet aux réseaux de télévision par câble de distribuer des émissions à leurs abonnés, sans compensation aux titulaires de droits d'auteur. La loi (contrairement aux principes contenus dans la réglementation) n'empêche pas les télédistributeurs d'éliminer les messages publicitaires diffusés avec ces émissions, tout au moins lorsque les émissions proviennent des États-Unis, et d'y insérer à la place des messages publicitaires ou un autre contenu. La loi en vigueur n'autorise pas, cependant, les télédistributeurs à enregistrer des émissions par procédé magnétoscopique, que ce soit pour les retransmettre plus tard ou dans un autre but, en l'absence d'une entente contractuelle entre l'entreprise de télédistribution et le diffuseur ou le titulaire du droit d'auteur.

Les dispositions réglementaires ont toutefois servi à circonscrire quelque peu les droits de propriété prévus dans la loi. Les télédistributeurs doivent obtenir l'approbation du CRTC avant de retransmettre un signal télédiffusé. La pratique adoptée par le Conseil a consisté à limiter la retransmission des signaux qui peuvent être captés en direct à un maximum de trois signaux différents en provenance d'une station privée des États-Unis, ainsi qu'une station du réseau PBS dans les cas où ces canaux ne peuvent être captés en direct.

Si un télédiffuseur local en fait la demande, le télédistributeur doit éliminer les émissions des stations éloignées si elles passent simultanément à son antenne.

Les télédistributeurs ne peuvent insérer leurs propres messages commerciaux dans les créneaux publicitaires des stations de télévision; en outre, le règlement obligeant les télédistributeurs à substituer aux messages publicitaires vendus par les stations américaines éloignées des messages commerciaux vendus par les diffuseurs locaux n'est pratiquement pas observé.

Enfin, à une ou deux exceptions près, les télédistributeurs ne suivent pas le règlement les obligeant à verser une compensation aux télédiffuseurs locaux, que ce soit pour l'utilisation de leurs signaux ou pour le tort financier que leur causerait l'importation de signaux éloignés, ou les deux. Dans certains cas cependant, les entreprises de télédistribution se conforment à la réglementaton et achètent aux télédiffuseurs les droits que ceux-ci détiennent dans les émissions qu'ils ont produites, dans le but de diffuser des émissions en reprise (y compris la publicité); ces compagnies réservent un ou plusieurs canaux à cette fin.

LES AUTRES DROITS DE PROPRIÉTÉ EN MATIÈRE DE TÉLÉDISTRIBUTION

Au Canada, les services de télévision par câble sont assurés par des monopoles locaux. Non seulement s'agit-il du statut que leur accorde le CRTC, mais en outre les ententes contractuelles actuellement en vigueur et les caractéristiques technologiques contribuent également à éliminer la concurrence directe. Il est utile de s'arrêter un instant aux effets de ces aspects technologiques et contractuels sur la structure monopolistique de cette industrie.

La fourniture d'un service de télévision par câble présuppose l'installation d'un réseau de télédistribution caractérisé par des coûts fixes en capital élevés, et des coûts variables relativement bas (coût par abonné)[42]. Ces coûts et ces caractéristiques technologiques signifient que tous les services locaux de télédistribution doivent être assurés par un seul réseau pour être le plus efficace possible (ces réseaux ne sont cependant pas limités à fournir exclusivement des services de télédistribution). Toute forme de concurrence directe qui nécessiterait un dédoublement du matériel et de l'équipement constituerait du gaspillage, et pourrait même entraîner des pertes pour les compagnies concernées; une concurrence directe réduirait le nombre potentiel d'abonnés et, partant, les recettes de ce réseau monopolistique, mais ne réduirait pas les coûts dans la même proportion.

Le mode actuel de propriété ainsi que les ententes contractuelles empêchent la concurrence dans le domaine de la télédistribution dans la mesure où la plus grande partie du matériel et de l'équipement utilisés (et qui ne sauraient être dédoublés efficacement, comme nous l'avons déjà mentionné) est exclusivement utilisé par les entreprises qui fournissent un service de télédistribution local[43]. Il arrive fréquemment que des compagnies de téléphone soient propriétaires de parties importantes du réseau de télédistribution et qu'elles les louent aux entreprises de télévison par câble en vertu d'un bail exclusif; autrement, les télédistributeurs en sont eux-mêmes propriétaires[44]. Bien que l'on ait déjà proposé que tout le matériel et l'équipement utilisés pour fournir les services de télévision par câble soient compris dans un " réseau intégré unique " -- dont les compagnies de téléphone seraient propriétaires et en feraient la location pour la fourniture de divers services, dont le câble et le téléphone --, ce genre d'entente n'a généralement pas été mis en vigueur, sauf dans des cas isolés, comme à Elie au Manitoba, empêchant ainsi toute concurrence dans le domaine de la télédistribution.

Il appert, donc, que le monopole dont profitent les membres de l'industrie de la télévison par câble trouve son origine dans la loi (y compris le droit des obligations) et dans les dispositions expresses de la réglementation. Cette situation monopolistique ne résulte qu'en

partie de raisons technologiques puisque, comme on l'a déjà souligné, l'on peut fort bien concevoir un système de propriété, des ententes contractuelles et une réglementation différents qui susciteraient une plus grande concurrence, même en tenant compte des coûts et des considérations technologiques susmentionnées[45]. Ainsi, les compagnies de téléphone pourraient décider d'offrir un service de télédistribution, si elles n'en étaient pas empêchées par la loi ou les règlements.

Outre cet aspect monopolistique, les réseaux de télédistribution présentent plusieurs autres caractéristiques que l'on retrouve fréquemment dans les services publics[46]. Ce service est assuré grâce à un lien physique permanent entre le producteur et les consommateurs, comme dans le cas de l'électricité, du téléphone, de l'eau, etc., ce qui augmente la possibilité d'une discrimination financière indue entre les abonnés, puisqu'il n'est pas possible de revendre ces services. En outre, comme la plupart des services publics, la télédistribution est reliée au domaine des transports et des communications. Enfin, elle tient une place particulière dans la vie de nombreux Canadiens. Comme l'a remarqué la firme Wood Gundy Ltd. : " ... le service de télédistribution est presque considéré comme une nécessité par ses abonnés; en période économique difficile, c'est l'un des derniers services dont ils se priveraient[47] ". Il se pourrait fort bien que ces caractéristiques de l'industrie de la télévision par câble aient incité le Comité consultatif des télécommunications et de la souveraineté canadienne (le Comité Clyne) à recommander de réglementer les entreprises de télédistribution " ... en fonction du taux de rendement[48] ".

Le CRTC a néanmoins déclaré catégoriquement que la télédistribution ne constitue pas un service public et n'est pas, par conséquent, sujette aux mêmes genres de contraintes qui sont normalement imposées à ces services. Le Conseil a plutôt déclaré que l'industrie de la télédistribution était un phénomène " hybride[49] " se situant entre les deux domaines de réglementation que constituent la télédiffusion et l'exploitation des télécommunications.

Les autorités responsables de la réglementation considèrent la télédistribution comme un élément du système de télédiffusion et lui accordent le même traitement qu'aux diffuseurs classiques : on ne contrôle pas ses bénéfices; on n'accorde les licences que pour une période déterminée et elles peuvent être renouvelées. En pratique, les renouvellements de licences sont généralement automatiques bien qu'ils fassent souvent l'objet d'une audience publique[50]. Cependant, les entreprises de télédistribution ne sont pas sujettes aux règlements relatifs aux quotas minima de contenu canadien, ce que contrôle surtout le CRTC auprès des télédiffuseurs.

En outre, bien que les licences de télédistribution soient accordées de façon monopolistique -- les taux devant être approuvés par l'organisme chargé de la réglementation (comme dans le cas des services publics) -- les réseaux de télédistribution ne sont pas tenus d'assurer le service aux régions qui ne seraient pas rentables, conformément aux principes de la moyenne des coûts et bénéfices (contrairement aux services publics). Les bénéfices des télédistributeurs ne sont pas directement contrôlés. Mêmes si le Conseil a compétence sur les taux d'abonnements et a publié divers critères permettant de les évaluer, il n'a jamais adopté de règlement stipulant les taux de rendement ou les bénéfices directs[51]. Enfin, et malgré qu'elles puissent distribuer des messages en provenance de diverses sources, les entreprises de télédistribution n'ont jamais été considérées comme des sociétés exploitantes de télécommunications. Elles ont le droit (et sont en fait obligées) de produire leurs propres messages, mais elles ne peuvent diffuser de la publicité qu'elles auraient vendue, ou facturer directement pour ce genre de programmation[52].

DROITS DE PROPRIÉTÉ EN MATIÈRE DE TÉLÉDIFFUSION

La **Loi sur la radiodiffusion** stipule que " les fréquences radioélectriques sont du domaine public ". Toutes les entreprises de télédiffusion, c'est-à-dire les entreprises qui transmettent des signaux radio pouvant être captés en direct par le grand public, doivent obtenir une licence du CRTC, ainsi qu'un permis d'exploitation technique du ministère des Communications[53]. Le CRTC peut octroyer des licences pour des périodes n'excédant pas cinq ans et peut les renouveler si, à son avis, les objectifs du Conseil sont assurés. Ces objectifs sont énoncés à l'article 3 de la **Loi sur la radiodiffusion** et prévoient entre autres la diffusion d'émissions à contenu principalement canadien.

Deux raisons principales expliquent pourquoi le gouvernement s'est toujours réservé la responsabilité de l'octroi des licences ou, dans les dernières années, a délégué ce pouvoir à un organisme gouvernemental indépendant chargé de la réglementation. La première a trait aux caractéristiques techniques du spectre des fréquences; la seconde concerne l'idéologie ou la philosophie sous-jacentes à la télédiffusion au Canada, deux facteurs que nous allons maintenant étudier.

Tout d'abord, les signaux de télédiffusion possèdent certaines caractéristiques exigeant que l'on confie l'allocation des fréquences à un organisme administratif, plutôt que de laisser faire les forces du marché à cet égard. La bande des fréquences " ... partage de nombreuses caractéristiques avec les ressources collectives (qui sont utilisées par tous)[54] ".

Nous soulignerons ici deux de ces caractéristiques. Premièrement, contrairement à un grand nombre d'autres ressources, les fréquences ne s'épuisent pas par l'utilisation qu'on en fait, mais elles sont " ... sujettes à une certaine dégradation et à une pollution résultant de l'encombrement du spectre et du parasitage[55] ". Cela pose certains problèmes dans l'utilisation efficace du spectre des fréquences[56].

D'aucuns ont soutenu que l'on pourrait, et que l'on devrait en fait, créer et sanctionner des droits de propriété privée par le biais de la loi[57], mais il semble en pratique peu probable que " ... l'on puisse définir assez clairement ces droits de propriété pour en faire un usage commercial[58] ". De toutes façons, il en résulterait des " coûts de transaction " très élevés. Cependant, cela ne signifie pas qu'on ne pourrait utiliser d'autres mécanismes permettant de stimuler le marché, parallèlement à cette répartition des fréquences faite par l'organisme administratif.

Outre le fait qu'elles ne s'épuisent pas (mais qu'elles se dégradent) par l'utilisation qui en est faite, les fréquences présentent aussi le caractère d'un bien commun ou public, sur le plan de leur réception. Une fois les ondes radio émises, toute personne possédant un poste de réception adéquat et situé dans l'aire géographique de ce signal peut les recevoir[59]. Ce caractère public de la réception des ondes radio est illustré par les difficultés qu'on éprouve actuellement à contrôler la réception de signaux retransmis par satellite. C'est pour cette raison qu'en règle générale la télédiffusion n'est pas financée par des mécanismes directs — en vertu desquels les téléspectateurs et les auditeurs paieraient en fonction de l'utilisation[60] —, mais qu'elle l'est plutôt au moyen des impôts généraux dans le cas de la télédiffusion publique; par la publicité, dans le cas de la télédiffusion publique et privée; ou par des taxes imposées sur les postes récepteurs dans certains pays.

On pourrait soutenir que le brouillage des signaux pour ceux qui ne sont pas abonnés au câble est non seulement très onéreux (par exemple, les coûts du matériel de brouillage, la facturation, le contrôle, etc.), mais est également peu souhaitable, dans la mesure où le coût marginal de la réception additionnelle est négatif[61]. Cependant, les producteurs doivent être financés d'une façon quelconque afin d'être incités à produire des émissions, et l'on pourrait avancer qu'un mécanisme qui consisterait à faire payer les usagers tiendrait mieux compte de leurs goûts[62]. Outre les questions relatives à la justification de tels mécanismes dans le contexte canadien (un point sur lequel nous reviendrons), on doit souligner que, si la télévision payante devient le principal mode de financement des émissions, cela accentuerait le déséquilibre de la répartition des revenus dans notre société en pratiquant une discrimination à l'égard de personnes qui ne peuvent ou ne veulent payer pour ce service.

Outre le caractère public du spectre des fréquences, il existe une autre raison expliquant pourquoi la loi canadienne a écarté le recours aux droits de propriété privée. Au Canada, on a traditionellement attribué un rôle social à la télédiffusion; les législateurs y ont vu un ferment culturel puissant qui pourrait, s'il n'était pas réglementé, contribuer à affaiblir le sentiment national en raison d'une concentration indue d'émissions en provenance des États-Unis.

Par conséquent, le CRTC n'octroie de licences de télédiffusion qu'aux groupes qui, à son avis, peuvent contribuer -- et contribueront en fait -- à la réalisation des objectifs assignés à la télédiffusion dans la loi. Pour atteindre ces objectifs, on a donné de larges pouvoirs au CRTC, outre celui d'octroyer initialement les licences pour des périodes allant jusqu'à cinq ans. Le Conseil a le pouvoir de renouveler ou non les licences, et de les annuler pour certains motifs. Il est également habilité à poser certaines conditions à l'octroi d'une licence et de modifier ces conditions. Il a le mandat d'adopter des règlements relatifs à la programmation et d'autres secteurs, réglementation que doivent observer tous les titulaires de licences, ou une catégorie quelconque de ceux-ci. Le Conseil peut en outre intenter des poursuites judiciaires si les titulaires de licences contreviennent à la réglementation.

En résumé, la loi canadienne permet à des particuliers d'utiliser les fréquences du domaine public, pendant une période limitée, à condition qu'elles le soient pour atteindre certains objectifs, soit que la télédiffusion du Canada devrait contribuer à " ... sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada ". La loi canadienne a prévu la création d'un organisme indépendant doté de larges pouvoirs afin de faciliter la réalisation de ces objectifs et d'en assurer le respect.

Pour bien comprendre le système de propriété actuel, il faut examiner de plus près les règlements adoptés par cet organisme, le CRTC. L'un des auteurs du présent document en a fait une description et une analyse détaillées dans des études antérieures[63]; nous n'en présenterons donc ici qu'un bref résumé.

En ce qui a trait au contenu des émissions, le CRTC exige que 50 p. 100 de la programmation présentée entre 18 heures et minuit ait un contenu canadien, et que le contenu de 60 p. 100 des heures d'émissions (de 6 heures à minuit) soit d'origine canadienne; il s'agit d'une moyenne établie sur toute l'année[64]. Sous réserve de ces conditions, la plupart des titulaires de licences sont partaitement libres de choisir leur genre d'émissions et de prévoir une programmation en fonction de leurs choix particuliers[65].

Les messages publicitaires doivent représenter un maximum de 12 minutes par heure de télédiffusion. Le gouvernement contrôle également, dans une certaine mesure, le contenu des messages publicitaires, particulièrement en ce qui a trait aux aliments, aux médicaments et aux autres produits du genre; les messages publicitaires sont assujettis à la loi visant à contrôler " la publicité trompeuse ". Les quota relatifs au contenu canadien s'appliquent aussi aux messages publicitaires.

Pour ce qui est de l'octroi de licences d'exploitation des fréquences radioélectriques, le Conseil a pour politique d'accorder de nouvelles licences pour des périodes d'au plus cinq ans, aux requérantes jugées aptes à réaliser les objectifs établis en matière de télédiffusion. En règle générale, il demande à recevoir des requêtes concurrentielles. Quant au renouvellement de licences, la politique du Conseil consiste à l'accorder, pour cinq ans, aux titulaires dont le rendement est considéré convenable ou exceptionnel et, pour moins de cinq ans, aux titulaires dont on estime le rendement inadéquat. Dans les cas d'approbation ou de refus des renouvellements de licences, le Conseil n'exige pas de demandes concurrentielles. En ce qui a trait au transfert de licences, la pratique du CRTC est de n'admettre comme requérante que la partie proposée par le vendeur, sans intervenir dans les négociations financières entre l'acheteur et le vendeur, et d'approuver la majorité des demandes de transfert.

Par ailleurs, certains groupes corporatifs — notamment les compagnies de téléphone et les banques à charte — ne sont pas autorisés à devenir titulaires de licences de télédiffusion. De plus, à quelques reprises, le Conseil s'est dit préoccupé de la concentration indue à laquelle donnent lieu le contrôle des médias et la propriété concomitante au sein des entreprises de télédistribution et de télédiffusion, ainsi que des quotidiens, bien que, à l'heure actuelle, sa politique à cet égard ne soit pas encore arrêtée[67]. Au Canada, seuls les sociétés et les citoyens canadiens sont autorisés à détenir une licence de télédiffusion accordée en vertu d'un arrêté en conseil.

Les forces du marché procédant du régime de propriété actuel, combinées aux préférences de l'auditoire, ont montré qu'il est illusoire de chercher à atteindre les objectifs exposés dans la **Loi sur la radiodiffusion.**

RÉSUMÉ

La fluctuation des forces du marché est uniquement fonction de la structure établie par le droit de propriété. Dans le domaine de la télédiffusion, la loi sur le droit d'auteur constitue un élément important du régime de propriété. Quand le rendement du système de la télédiffusion est inadéquat, la loi sur le droit d'auteur demande à être révisée afin de restructurer les forces du marché de manière à améliorer le rendement du système.

Sur le plan financier, le rendement du système privé de la télédiffusion canadienne ne laisse en rien à désirer; les taux de rendement des entreprises de télédiffusion privées sont de beaucoup supérieurs aux taux requis pour attirer de nouveaux capitaux et les recettes de l'industrie de la télédistribution sont passablement plus élevées que les coûts d'investissement.

Néanmoins, le rendement en matière de programmation pourrait être meilleur. Cette lacune est particulièrement manifeste lorsque l'on établit la comparaison entre les secteurs privé et public, les ressources financières de chacun étant comparables.

NOTES

1. Extraits de la **Loi sur la radiodiffusion**, 1968, S.R.C. 1970, c. B-11, et modification, art. 3.

2. CRTC, Avis public, " Révision du règlement sur le contenu canadien " (31 décembre 1979). Voir également Robert E. Babe, **Structure, réglementation et performance de la télédiffusion canadienne** (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada pour le Conseil économique du Canada, 1979); Anon, **La radiodiffusion et les télécommunication canadiennes : l'expérience du passé, les choix pour l'avenir** (Ottawa, CRTC, 1980).

3. On remarquera que cette déclaration va tout à fait à l'encontre des propos habituels des économistes. Ceux-ci tiennent généralement pour acquis que de bons résultats financiers découlent d'un bon rendement dans les autres secteurs, sauf dans le cas de monopoles.

4. Chiffres tirés des données de Statistique Canada, **Télédistribution** (annuel), nº de catalogue 56-205, et Statistique Canada, **L'équipement ménager** (annuel), nº de catalogue 64-202.

5. Robert E. Babe, **Cable Television and Telecommunications in Canada: An Economic Analysis**, p. 58.

6. Robert E. Babe et Philip Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting; Renewal and Transfer**, rapport préparé pour le ministère des Communications, Ottawa, septembre 1980, pp. VI-II VI-12, et aussi pp. IV-2 à IV-25 (disponible sur demande). Voir également Stylianios Perrakis et Julio Silva Echinique, **The Profitability and Risk of CATV Operations in Canada**, document

préparé pour le ministère des Communications, Ottawa, 1980; et Harvey J. Levin, **Fact and Fancy in Television Regulation: An Economic Study of Policy Alternatives**, pp. 102-130.

7. Babe et Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting**, pp. VI-11 et VI-12; voir également pp. IV-2 à IV-25. Voir aussi Struart McFadyen, Colin Hoslans et David Gillen, **Canadian Broadcasting: Market Structure and Economic Performance** (Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1980); Perrakis et Silva-Echinique, **op. cit.**; et Levin, **op. cit.**, pp. 102-130.

8. Chiffres fondés sur **Rapport spécial sur la radiodiffusion au Canada**, CRTC, 1968-1978, Vol. 1, (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979); voir aussi Statistique Canada, **Radiodiffusion et télédiffusion** (annuel) et Statistique Canada, **Télédiffusion** (annuel).

9. Bruce McKay, **The CBC and the Public: Management Decision Making in the English Television Service of the Canadian Broadcasting Corporation**, 1970-1974, Thèse de doctorat, Université Stanford, 1976, pp. 83-84.

10. Jean McNulty, **Other Voices in Broadcasting: The Evolution of New Forms of Local programming in Canada**, rapport préparé pour le ministère des Communications, Ottawa, 1979.

11. Statistique Canada, **Télédiffusion** (annuel).

12. Babe, **La télédiffusion canadienne**; Anon, **La radiodiffusion et télécommunications canadiennes : l'expérience du passé, les choix pour l'avenir** (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada, pour le CRTC); Council of Canadian Filmmakers, **Réseau CTV Ltd.**, mémoire présenté au CRTC pour la demande de renouvellement de la licence du réseau (17 janvier 1979).

13. Canadian Cablesystems Limited, mémoire soumis au CRTC au sujet du contenu canadien, juillet 1980, p. II-8. On pourrait soutenir que la Canadian Cablesystems ne représente pas la source la plus fiable en ce qui a trait aux données relatives aux dépenses faites par les télédiffuseurs pour la programmation canadienne, puisque l'industrie de la télévision par câble et les télédiffuseurs s'opposent généralement dans le cadre des procédures devant l'organisme chargé de la réglementation. Il n'en reste pas moins que ces évaluations sont contenues dans un mémoire présenté au CRTC qui connaît sans doute les véritables données, ce qui ajoute un certain crédit à ces évaluations.

14. A.W. Johnson, (alors président de la Société Radio-Canada), "Reflecting Canada and the Regions", discours prononcé devant le Men's Canadian Club de Vancouver, novembre 1975, tiré de **Canadian Forum** (février 1977), p. 30.

15. Council of Canadian Filmmakers, **Réseau CTV Ltd.**, mémoire présenté au CRTC pour sa demande de renouvellement de licence, 17 janvier 1979, p. 22.

16. A.W. Johnson, **Philosophie et plan d'action de Radio-Canada** (Ottawa, Société Radio-Canada, 1977), p. 6.

17. Société Radio-Canada, **Rapports annuels.**

18. A.W. Johnson, **op. cit**, p. 6.

19. Babe, **La télédiffusion canadienne**, pp. 81-86 et 212-215.

20. Société Radio-Canada, **Les services de programmation de la Société Radio-Canada**, mémoire présenté au CRTC pour les demandes de renouvellement de ses licences, mai 1978, p. 144.

21. Anon, **La radiodiffusion et les télécommunications canadiennes : l'expérience du passé, les choix pour l'avenir**, p. 36.

22. Hugh Edmunds **et al., A Study of the Independent Production Industry with Respect to English Language Programs in Canada with Recommendations for Policy Action**, Vol. 1. (Windsor, Centre for Communications Studies, University of Windsor, 1976); Alain Lapointe et Jean-Pierre Le Goff, **L'industrie de la production d'émissions de télévision** (Ottawa, ministère des Communications, 1980).

23. Edmunds, **A Study of the Independent Production Industry**, Vol. 1, p. 95.

24. Council of Canadian Filmmakers, **Réseau CTV Ltd.**, mémoire présenté au CRTC pour sa demande de renouvellement de licence, 17 janvier 1979, p. 27.

25. **Ibid.**, p. 29

26. Voir particulièrement, Babe, **Structure, réglementation et performance de la télédiffusion canadienne**, pp. 53-106.

27. Alain Lapointe et Jean-Pierre Le Goff, " Résumé ", **L'industrie de la production d'émissions de télévision au Canada**, disponible au ministère des Communications, Ottawa, mai 1980, p. 8.

28. **Ibid.**

29. Voir Communications and Information Services Division, Department of Consumer, Corporate and Internal Services, Government of Manitoba, **Broadcasting and Cable Television: A Manitoba Perspective** (Winnipeg, 1974), pp. 25-27.

30. A.A. Keyes et C. Brunet, **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la loi**, p. 114.

31. **Warner Bros - Seven Arts Inc. et al v. CESM-TV Ltd. (1971) 65** C.P.R. 215 à 241, cité dans **Broadcasting and Cable Television: A Manitoba Perspective**, p. 27.

32. Cité dans le rapport annuel du CRTC (1974-1975), p. 27. Les commentaires précédents ne permettent pas de dire avec certitude si ces mêmes droits de suppression et de substitution des messages publicitaires s'appliqueraient aux signaux en provenance du Canada.

33. Cour suprême du Canada, **Capital Cities Communications Inc., Taft Broadcasting Company et WBEN Inc. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes**, 30 novembre 1977.

34. **Fornightly Corporation v. United Artists Television Inc. (1968)**, 392 U.S. 390, J. Stewart, cité dans le jugement du juge en chef Bora Laskin de la Cour suprême du Canada, dans **Capital Cities Communications Inc. et al c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes**. Il est important de souligner que le juge Fortas a inscrit une forte dissidence dans l'affaire **Fortnightly**, déclarant que les entreprises de télédistribution faisaient une " représentation " des émissions captées et rediffusées. En outre, à la suite de cette décision, le congrès des États-Unis a adopté une nouvelle loi obligeant les entreprises de télédistribution à payer des droits d'auteur. Voir les chapitres VI et VII du présent document.

35. CRTC, Avis public, **La télévision par câble - révision de certains aspects des services de programmation**, mars 1979, p. 9.

36. **Ibid.** p. 19.

37. CRTC, Énoncé de politique sur la télévision par câble, **La radiodiffusion canadienne : un système unique**, 16 juillet 1971. Les exigences actuelles à l'égard de la duplication différée représentant une modification par rapport à la politique initialement proposée par le Conseil, soit que les émissions non canadiennes transmises par les stations de télédiffusion canadiennes et retransmises par câble ne doivent pas être diffusées sur le réseau de télédistribution, soit simultanément soit dans les sept jours de la diffusion originale par la station canadienne. Voir CRTC, Avis public, **Renseignements généraux quant aux modalités d'application d'une politique portant sur la télédiffusion par câble**, 10 avril 1970.

38. **Ibid.**

39. CRTC, Avis public, **Suppression des messages commerciaux**, 21 janvier 1977.

40. CRTC, **La radiodiffusion canadienne : un système unique**, pp. 20-23.

41. Canadian Cablesystems Limited, demande en vue d'obtenir le contrôle de la compagnie Premier Communications Limited, 1980, p. 78.

42. Babe, **Cable Television and Telecommunications in Canada**, pp. 9 à 59.

43. Les réseaux géographiquement dispersés peuvent utiliser des points d'entrée communs et des relais à micro-ondes pour abaisser les coûts de chaque réseau.

44. Voir Robert E. Babe, "Public and Private Regulation of Cable Television: A Case Study of Technological Change and Relative Power", **Canadian Public Administration** (été 1974), pour une étude des droits de propriété respectifs des entreprises de télédistribution et des compagnies de téléphone en vertu de ces ententes. En règle générale, le CRTC laisse aux télédistributeurs le choix d'être propriétaires de la plupart du matériel utilisé pour leurs opérations, l'exception la plus importante à cet égard étant les réseaux exploités au Manitoba.

45. La concurrence pourrait ressembler à ce qu'on retrouve dans l'industrie des télécommunications aux États-Unis, ("Value-added carriers").

46. Voir James Bonbright, **Principles of Public Utility Rates** (New York, Columbia, 1961) p. 8; et Charles Phillips, **The Economics of Regulation** (Homewood, Irwin, 1969), p. 4.

47. Wood Gundy Ltd., **Progress Report: The Cable Television Industry**, 26 février 1975.

48. **Les Télécommunications et le Canada**, p. 21.

49. CRTC, Avis public, **La télévision par câble - révision de certains aspects des services de programmation**, 26 mars 1979, p. 9.

50. Voir Babe et Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting.**

51. Les règlements du CRTC en ce qui a trait aux taux d'abonnement à la télédistribution et à l'extension des services sont étudiés en détail dans Babe, **Structure, réglementation et performance de la télédiffusion canadienne**, pp. 138 et 175 à 186.

52. Bien que l'on puisse fort bien envisager qu'on autorisera bientôt les entreprises de télédistribution à offrir des services de télévision payante, par canal.

53. Les réseaux de télédistribution, désignés dans la loi par " Entreprises de réception de radiodiffusion ", doivent également obtenir une licence pour retransmettre ces émissions. Cependant, il n'est pas nécessaire d'obtenir une licence pour installer un système MATV (antenne principale), ni une antenne privée.

54. Harvey J. Levin, **The Invisible Resource: Use and Regulation of the Radio Spectrum** (Baltimore, John Hopkins Press, 1971) p. 29.

55. **Ibid.**, p. 6.

56. **Ibid.**, pp. 29-30.

57. R.H. Coase, "The Federal Communications Commission", **Journal of Law and Economics**, 2 (octobre 1959); William H. Meckling, "Management of the Frequency Spectrum", **The Radio Spectrum: Its Use and Regulation** (Washington, Brookings, 1968), pp. 26.-34.

58. William K. Jones, "Use and Regulation of the Spectrum: Report on a Conference"; **Ibid.**, pp. 71-115; et Levin, **The Invisible Resource**, pp. 85-117.

59. Cependant, les communications d'un point à un autre, les transmissions par micro-ondes par exemple, ne possèdent pas cette caractéristique.

60. Le brouillage des émissions peut avoir pour effet de rendre une réception non autorisée plus onéreuse pour le téléspectateur que s'il signait un contrat avec le télédiffuseur pour se procurer un mécanisme de décodage.

61. Paul A. Samuelson, "Public Goods and Subscription TV: Correction of The Record", **Journal of Law and Economics** (1971).

62. Jora Minasian, "Television Pricing and the Theory of Public Goods", **Journal of Law and Economics** (1971).

63. Babe, **Structure, réglementation et performance de la télédiffusion canadienne**; Babe et Slayton, **Competitive Procedures for Broadcasting.**

64. Des quotas plus élevés sont imposés à la Société Radio-Canada durant les heures de grande écoute.

65. Cette liberté peut être assortie de certaines réserves lorsque les stations ont obtenu une licence sous certaines conditions particulières.

66. Durant la période de 1968 à 1980, le CRTC n'a pas renouvelé ou a annulé quatre licences, et jamais pour des raisons ayant trait à la programmation. Voir C.C. Johnston, **Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes**, étude présentée à la Commission de réforme du droit du Canada, 1979, pp. 2 à 83.

67. Robert E. Babe, "Empires in TV Land", **In Search/En Quête** (hiver 1980); voir aussi Robert E. Babe, "Concentration of Control in the Canadian Cable Television Industry", **Regulatory Reporter**, Canadian Law Information Council, 1 (1980), pp. E53-E65.

CHAPITRE 4

Les enjeux économiques

par Robert E. Babe

INTRODUCTION

Le principal objectif de cette étude consiste à évaluer les recommandations de Keyes et Brunet au sujet de l'imposition de droits d'auteur pour la retransmission d'émissions, dans la perspective de la politique canadienne en matière de communications. On se rappellera que Keyes et Brunet ont recommandé que la **Loi sur le droit d'auteur** soit modifiée de façon à ce que les émissions canadiennes ayant un contenu canadien bénéficient de la protection du droit d'auteur et que l'on institue un Tribunal du droit d'auteur chargé, entre autres, " ... de fixer les droits appropriés et créer les sauvegardes nécessaires pour assurer l'évaluation, le recouvrement et la répartition équitables des redevances entre les Canadiens[1] ".

Compte tenu de la nature de notre mandat, nous devons cependant, avant d'évaluer les recommandations de Keyes et Brunet, étudier d'abord si la loi sur le droit d'auteur est une façon convenable de mettre en oeuvre une politique en matière de communications. D'aucuns pourraient soutenir que cette loi ne constitue pas un moyen adéquat à cet égard et appuyer cependant les propositions Keyes-Brunet pour d'autres motifs (ou s'y opposer). En outre, si l'on en vient à la conclusion que le droit d'auteur peut effectivement servir à l'instauration d'une politique des communications, il faut alors comparer l'efficacité des propositions Keyes-Brunet avec les autres solutions possibles.

Nous avons soutenu au chapitre 2 que les responsables de l'élaboration des lignes directrices doivent tenir compte de l'incidence de la loi sur le droit d'auteur sur la politique en matière de communications parce que la loi aura de toutes façons un effet, qu'il soit négatif ou positif. Il est possible que les décideurs, après

avoir étudié le droit d'auteur, optent pour d'autres objectifs que la politique en matière de communications (peut-être en assurant à tous les créateurs des compensations substantielles, ou en conciliant les intérêts étrangers), si ces objectifs entrent en conflit avec la politique envisagée. Il n'en reste pas moins que l'on devra tenir compte de cette dernière dans le processus de décision puisque la loi sur le droit d'auteur aura très certainement des répercussions.

Nous sommes d'avis que la loi sur le droit d'auteur devrait s'harmoniser autant que possible avec les objectifs de la société, et que si celle-ci poursuit des objectifs contradictoires, on devrait les préciser et mentionner les compromis acceptés. Quoi qu'il en soit, rien n'indique a priori que l'on ne devrait pas se servir de la loi sur le droit d'auteur pour atteindre les objectifs d'une politique en matière de communications et ce, malgré toutes les autres fonctions qu'assure le droit d'auteur. Tous les droits de propriété ont des conséquences tant individuelles que sociales.

Dans la section suivante, nous étudierons quelques problèmes économiques déterminants au sujet du paiement de droits d'auteur par les télédistributeurs pour la retransmission d'émissions : monopole, incidence, équité, conséquences financières de la télédistribution pour les diffuseurs et les titulaires de droit d'auteur, et les incitations découlant du paiement de droit d'auteur en matière de télédistribution. Nous avons traité au chapitre 3 des autres problèmes économiques, tels que les besoins financiers et la capacité de payer, le rendement en matière de programmation, etc.

Après une étude du concept de monopole et d'autres problèmes clés d'ordre économique, nous analysons les recommandations spécifiques de Keyes et Brunet au sujet du droit de retransmission. On compare dans ce chapitre les propositions faites dans **Le droit d'auteur au Canada** avec celles du Conseil économique et du Comité Clyne.

ANALYSE ÉCONOMIQUE DE CERTAINS PROBLÈMES RELIÉS AU PAIEMENT DE DROITS D'AUTEUR PAR LES TÉLÉDISTRIBUTEURS

Monopole

Le droit d'auteur apparaît à certains comme un " monopole " accordé aux créateurs de certains genres d'oeuvres. À partir du moment où l'on considère le droit d'auteur comme une forme de monopole, on peut facilement évoquer les restrictions et les abus qui ont toujours eu cours; faire ensuite des recommandations visant à éliminer ces limites à la concurrence n'est plus qu'une étape très vite franchie[2].

Il n'est pas rare de constater qu'en matière d'analyse économique ou autre, les conclusions auxquelles on en arrive dépendent, dans une large mesure, des hypothèses et des perceptions qui existent avant même que l'on entreprenne cette analyse[3]. Par conséquent, si l'on part de la théorie du monopole pour analyser les aspects économiques du droit d'auteur, il est presque inévitable de conclure qu'on ne devrait pas renforcer la protection accordée par le droit d'auteur, mais qu'elle devrait de fait être amoindrie. Par ailleurs, si l'on aborde la question en considérant que le droit d'auteur ne constitue qu'un droit de propriété parmi d'autres, on évaluera alors le problème en fonction de l'efficacité des forces du marché engendrées par ce droit, et de la contribution de ce droit aux objectifs plus vastes de la société. Nous commencerons donc par étudier le bien-fondé de cette qualification monopolistique attribuée au droit d'auteur.

Même dans les cas les plus extrêmes, un monopole est rarement absolu; il existe presque toujours des substituts[4]. Par ailleurs, la concurrence elle-même n'est jamais parfaite; les biens ou les producteurs présentent presque toujours des caractéristiques uniques. Lorsqu'on utilise les expressions " monopole " et " concurrence ", on se demande en réalité dans quelle mesure d'autres biens, services, producteurs, etc. constituent des substituts des biens, services ou producteurs en question.

Les économistes emploient fréquemment l'expression " élasticité de la demande " et essaient même de la quantifier afin de mesurer la concurrence[5]. En outre, ils se fondent sur les marges bénéficiaires[6] et vérifient s'il existe des obstacles à la pénétration dans un secteur industriel[7] pour déterminer s'il s'agit effectivement d'une situation monopolistique.

Cependant, en ce qui concerne la programmation télévisée (sous réserve de quelques exceptions), il est très improbable qu'un pouvoir de nature monopolistique significatif puisse exister. La compétitivité existe sur trois plans différents.

La télévision constitue certainement un passe-temps apprécié par de nombreux Canadiens; on affirme par exemple que la télévision occupe une plus grande partie des loisirs des Nord-Américains que toute autre activité, mis à part le sommeil[8]. Cette popularité s'explique partiellement du fait qu'il s'agit d'un activité peu coûteuse[9]. On risque cependant de surestimer l'aspect monopolistique de la programmation télévisée. Les Canadiens réussissent parfois à s'arracher à leur téléviseur, ce qui indiquerait que la télévision reste tout de même concurrentielle en regard d'autres activités, en dépit de leur coût plus élevé. De plus, bien que les stations de télévision aient actuellement le droit d'utiliser en exclusivité certaines fréquences pour présenter leur programmation, il est rare qu'elles ne rivalisent pas directement avec d'autres stations que le téléspectateur peut

capter dans la même localité, sans compter la compétition que leur livrent les autres formes de loisir. Dans les grands centres, il n'est plus exceptionnel de voir huit stations ou plus se faire concurrence et le nombre d'entreprises augmente chaque année.

Par ailleurs, les émissions concurrencent également d'autres émissions offertes aux téléspectateurs sur le même canal à d'autres heures, ainsi que d'autres émissions qui sont diffusées en même temps et à d'autres heures par d'autres stations. Il est aussi évident pour tous que les formules et les émissions populaires suscitent généralement quantité d'imitations, et qu'il s'agit là d'une manifestation de la concurrence[10].

Si l'on persiste, malgré toutes ces observations, à considérer que la question du monopole demeure ambiguë, il faut néanmoins souligner que l'équivoque se dissipera certainement dans les années à venir. La capacité de télédistribution est illimitée en principe, et nous assistons à la formation de nouveaux réseaux par câble et par satellite qui offrent des canaux spécialisés dans les nouvelles, les émissions pour enfants, la télévision payante, les " superstations ", etc. En regard de l'ampleur de cette évolution, la question du monopole tient de la dérision.

Par conséquent, il ne faudrait pas associer l'expression " monopole " avec la loi sur le droit d'auteur, tout au moins en ce qui a trait à la production des émissions de télévision. On ne devrait parler de " monopole " que pour les catégories importantes de biens ou de services offerts par des vendeurs individuels et pour lesquels il existe peu de substituts adéquats, par exemple, le téléphone, l'électricité et, bien sûr, les services de télédistribution[11].

Il est vrai qu'à l'heure actuelle, ce sont quelques grandes maisons de production qui fournissent les émissions d'origine canadienne; cette situation n'est aucunement due à l'existence du droit d'auteur, mais résulte plutôt des liens de propriété existant entre les réseaux de télévision, les stations et les producteurs (l'intégration verticale) et de l'absence de productions indépendantes qui en découle[12].

Pour toutes ces raisons, nous rejetons l'idée de contraintes de nature monopolistique prétendument inhérentes au droit d'auteur en matière d'émissions de télévision[13]. On devrait plutôt replacer le droit d'auteur dans le contexte du droit de propriété comme on l'a soutenu au chapitre 2, et évaluer si le système de droit actuel permet à la société " d'atteindre les objectifs de ses membres, ou quelques-uns des objectifs de certains de ses membres ".

Incidence du paiement des droits d'auteur en matière de télédistribution

Il est important de déterminer qui devrait ultimement assumer la responsabilité du paiement des droits d'auteur en matière de télédistribution : les télédistributeurs, les abonnés au câble, ou les deux. Il faut pour cela revenir à l'étude des aspects relatifs au coût et à la demande sur ce chapitre.

Bien que les télédistributeurs subissent apparemment les conséquences néfastes des économies d'échelle négatives en raison des étendues géographiques desservies (c'est-à-dire que les coûts de la télédistribution augmentent de façon disproportionnée, au delà d'une certaine taille optimale minimale[14]), il ne reste pas moins que les télédistributeurs réalisent d'importantes économies en fonction de la densité géographique. Le coût marginal pour le branchement de nouveaux abonnés à un système ayant certaines proportions géographiques est inférieur au coût moyen par abonné[15].

Certains chiffres indiquent également qu'au tarif d'abonnement facturé par les télédistributeurs (pour l'année 1975), la demande est légèrement élastique, c'est-à-dire qu'une augmentaiton de prix entraînerait une baisse des revenus[16]. En outre, d'autres chiffres permettent de penser que le revenu marginal par abonné en 1975 (28 $ par an) était en moyenne moins élevé que le coût marginal (33 $ par an)[17]. En supposant que l'analyse économique et les données utilisées dans ces études permettent d'en arriver à des conclusions aussi exactes (ce qui n'est pas nécessairement vrai), ces conclusions indiquent que les télédistributeurs ne tentaient pas de maximiser leurs bénéfices à court terme durant cette période, ce qui pourrait en partie s'expliquer par le fait que le CRTC doit approuver toutes les augmentations de tarif d'abonnement à la télédistribution.

La façon la plus simple de tenir les télédistributeurs responsables du paiement de droits d'auteur consisterait à établir un système de licence obligatoire en vertu duquel les droits d'auteur seraient basés sur un pourcentage des recettes brutes de la télédistribution. Ces honoraires se traduiraient par un déplacement vers la gauche dans les diagrammes de la demande et des recettes marginales[18]. S'il s'agissait d'un monopoleur cherchant à maximiser ses profits dans des conditions où les coûts marginaux augmentent de façon constante, l'entreprise ne pourrait faire supporter le montant total de cette taxe aux consommateurs. Toutefois, dans la mesure où certains chiffres permettent de dire que les télédistributeurs ne maximisent pas leurs bénéfices à court terme à l'heure actuelle (ou à tout le moins jusqu'en 1975), et que les coûts marginaux sont donc plus élevés que les revenus marginaux, les entreprises de télédistribution auraient la possibilité d'en faire payer une plus grande partie aux consommateurs que cela ne serait autrement le cas. L'organisme chargé de la réglementation aurait bien entendu un rôle à jouer à cet égard.

Il est probable qu'une taxe perçue au titre des droits d'auteur aurait pour résultat de faire augmenter les prix à la consommation, entraînant ainsi une diminution des abonnements, mais que l'augmentation de prix serait sensiblement moindre que la taxe perçue par abonné et ce, même en l'absence d'un contrôle par l'organisme chargé de la réglementation[19]. Étant donné l'existence de règlements et compte tenu des bénéfices élevés que réalise actuellement cette industrie (comme nous l'avons vu au chapitre 3), il devient alors encore plus improbable, et même injustifiable, que les télédistributeurs fassent payer (ou qu'on leur permette de faire payer) aux consommateurs une partie des droits d'auteur versés à leurs titulaires.

Équité entre les téléspectateurs

Se fondant sur des notions d'équité, d'aucuns ont soutenu qu'il serait inopportun d'exiger des abonnés au câble qu'ils paient pour la programmation (par le biais des droits d'auteur en matière de télédistribution), alors que les téléspectateurs qui ne sont pas abonnés au câble ne paient pas directement pour ces émissions[20]. On a beaucoup traité de ce problème d'une discrimination " indue " en matière de prix (équité) devant les organismes de réglementation chargés d'établir des tarifs pour des services comme le téléphone par exemple. On a décidé que les consommateurs se trouvant dans des situations sensiblement semblables devraient payer le même tarif pour les mêmes services. En vertu de ce critère, on charge différents tarifs, pour les lignes multiples et pour les lignes individuelles, aux consommateurs résidant dans des zones à densité différente (c'est-à-dire en fonction du nombre de téléphones à l'intérieur d'une même zone), de même qu'aux entreprises par rapport aux résidences, en fonction de l'heure et du jour de la semaine où sont faites les communications interurbaines.

Les critères d'équité prévus dans les règlements ne permettent cependant pas de facturer des taux différents à des clients en fonction de l'âge, du sexe, de la race, du revenu ou de la profession[21]. Il semblerait donc que la responsabilité du paiement de droits d'auteur par les télédistributeurs ne constituerait pas une discrimination indue en matière de tarifs si cette question était envisagée dans le contexte réglementaire décrit ci-dessus. Les abonnés au câble reçoivent après tout beaucoup plus d'émissions que les autres téléspectateurs, l'abonnement restant par ailleurs purement volontaire.

Il faut également se rappeler que les abonnés au câble paient afin de recevoir des émissions plus nombreuses et plus variées que celles qu'ils recevraient autrement. Bien que cet argent ne soit versé à l'heure actuelle qu'aux entreprises qui fournissent les moyens techniques permettant de recevoir ces émissions à la maison, ce fait ne devrait pas nous faire perdre de vue le but fondamental de ce paiement.

Personne ne s'abonnerait au câble s'il n'y avait pas d'émissions. La question revient alors à se demander si l'on devrait permettre au titulaire d'un droit d'auteur de participer aux bénéfices des tarifs d'abonnement actuels, ou à ceux, supérieurs, qui pourraient être éventuellement imposés. Cette question dépend en partie de critères d'équité entre les télédistributeurs et les titulaires des droits d'auteur, ainsi que d'autres objectifs sociaux.

Incidence financière de la télédistribution sur la télédiffusion

Les autorités chargées de la réglementation en cette matière se préoccupent depuis longtemps des conséquences financières négatives que pourrait avoir la télédistribution sur les télédiffuseurs. À ce propos, le CRTC déclarait en 1969 :

> Le Conseil est d'avis qu'une accélération rapide de ce processus (l'extension du rayonnement des réseaux et des stations des États-Unis) à travers le pays constituerait le danger le plus sérieux qu'ait encouru le système de radiodiffusion canadien depuis 1932 avant la mise en vigueur de la première loi de la radiodiffusion. Un tel processus pourrait, en quelques années, disloquer tout le système de radiodiffusion canadien[22].

Compte tenu de cette perception des effets possibles ou probables de la télédistribution sur les revenus des diffuseurs canadiens, le CRTC a élaboré un certain nombre de lignes directrices (qui n'ont pas toutes été largement appliquées) afin de protéger les télédiffuseurs classiques de la concurrence accrue que leur livraient les télédistributeurs; nous avons décrit ces lignes de conduite au chapitre 3.

Le préjudice financier causé aux télédiffuseurs canadiens par les entreprises de télédistribution pourrait constituer un argument en faveur du paiement de droits par ces derniers aux télédiffuseurs; l'adoption d'une loi révisée sur le droit d'auteur en matière de télédistribution pourrait servir de mécanisme à cet égard.

Ce désavantage subi par les télédiffuseurs ne correspond pas obligatoirement à celui qu'encourent les titulaires de droits d'auteur, mais il existe cependant une forte corrélation entre les deux. Premièrement, les stations de télévision produisent souvent elles-mêmes une partie importante de leur programmation et les diffuseurs détiennent en ce sens des droits d'auteur. En second lieu, dans la mesure où la télédistribution est préjudiciable aux télédiffuseurs, on peut s'attendre à ce que les titulaires de droits d'auteur subissent aussi les torts puisque les diffuseurs leur versent des droits d'auteur pour l'achat de droits sur les émissions.

Quoi qu'il en soit, les télédiffuseurs achètent aux titulaires de droits d'auteur le droit de diffuser des émissions (si l'on suppose que les deux sont distincts) et les entreprises de télédistribution sont libres d'utiliser ces signaux à des fins lucratives, sans encourir quelque responsabilité que ce soit. Si les télédistributeurs causent un préjudice financier aux télédiffuseurs, cela contribue à faire baisser la valeur du droit permettant de diffuser des émissions achetées par les télédiffuseurs aux titulaires de droits d'auteur. On devrait utiliser la loi pour obliger les télédistributeurs à compenser directement les titulaires de droits d'auteur ou assortir le droit de diffusion d'autres droits, pour effectivement obliger les télédiffuseurs à verser une compensation aux diffuseurs. La loi pourrait également contenir ces deux genres de dispositions à la fois.

L'incidence financière de la télédistribution canadienne sur les télédiffuseurs du secteur privé (par opposition aux titulaires de droits d'auteur et aux diffuseurs non commerciaux) a fait l'objet de deux analyses détaillées[23]. Dans l'une d'elles (Babe), l'auteur conclut que la télédistribution n'avait pas entraîné (selon les données de 1972) de perte de revenus notable pour les diffuseurs canadiens du secteur privé et qu'elle avait peut-être même servi à accroître leurs recettes. Dans l'autre étude (Liebowitz), l'auteur soutient que la télédistribution au Canada n'a pas eu pour effet de faire baisser les prix des messages publicitaires facturés par les diffuseurs nord-américains et que, de fait, elle aurait entraîné des augmentations. Liebowitz en déduit que la télédistribution a profité financièrement aux télédiffuseurs nord-américains. On remarquera en outre qu'un examen rapide des données relatives à la croissance des recettes publicitaires de la télévision, et de l'importance financière relative de la télévision comme véhicule de la publicité, ne permet pas de dire que l'expansion de la télédistribution s'est faite au détriment des télédiffuseurs canadiens. Si, en réalité, les télédistributeurs n'ont pas causé de préjudice aux diffuseurs privés, ils n'en ont sans doute pas occasionné non plus aux titulaires de droits d'auteur.

Le mandat qui nous a été confié comprend une analyse critique de l'étude de Liebowitz qui traite de l'incidence de la télédistribution sur les télédiffuseurs. Pour les raisons exposées dans l'Annexe II (qui contient nos commentaires détaillés à cet égard), nous exprimons de sérieuses réserves quant aux recommandations du professeur Liebowitz en ce qui a trait à la politique en cette matière.

Critères d'établissement des tarifs

Les incitations créées par le paiement de droits d'auteur varieront en fonction des principes invoqués pour le justifier. Il faut tenir compte à cet égard de deux genres de principes : ceux qui ont trait aux critères de paiement, et que nous étudions dans la présente section, et ceux qui ont trait aux bénéficiaires de ces paiements, ce que nous verrons dans la section suivante.

Il existe fondamentalement deux moyens permettant d'obliger les télédistributeurs à verser des droits d'auteur : les forces du marché (la négociation), ou encore l'octroi d'une licence obligatoire. Dans le premier cas, les entreprises de télédistribution négocieraient les droits de retransmission avec le titulaire des droits d'auteur (soit le télédiffuseur ou le titulaire initial des droits d'auteur) et le paieraient directement. Dans l'autre cas, le montant des droits d'auteur devant être versé pour une retransmission serait déterminé à l'avance d'une façon quelconque et remis à un organisme administratif qui redistribuerait alors les fonds aux intéressés, selon un mode de calcul donné.

On a soutenu que si l'on recourt aux forces du marché (la négociation), les producteurs seront plus en mesure d'obtenir un juste prix pour leurs oeuvres auprès des téléspectateurs et des commanditaires[24]. Pour les tenants de cette opinion, le pouvoir de négociation du titulaire de droits d'auteur sur cette émission (ou celui de la station de télévision) lui permettra d'obtenir une rémunération correspondant à la cote d'écoute. Étant donné que chaque télédistributeur (ou chaque station de télévision) négocierait des prix différents pour chaque émission, ou série d'émissions, les versements de droits d'auteur seraient globalement maximisés puisque les télédistributeurs négocieraient séparément[25].

Le fait que la télédistribution soit perçue comme un monopole local rend cependant difficile le recours aux forces du marché. Étant donné que le contractant qui achète les droits de retransmission a, au regard des forces du marché, un pouvoir appréciable à l'égard de sa clientèle, il pourrait refuser de négocier les droits de retransmission d'émissions prisées par certains abonnés, s'il estimait qu'il n'inciterait pas ainsi plusieurs de ses clients à annuler leur abonnement. Les abonnés ne paient pas un tarif calculé en fonction des émissions ou des stations captées, mais paient mensuellement pour le service complet, et ils ne peuvent s'adresser à une entreprise concurrente.

En outre, il n'est pas évident que les mécanismes du marché contribueraient aux objectifs de la politique canadienne en matière de communications. Si des droits d'auteur étaient versés tant pour les émissions étrangères que canadiennes, il est vraisemblable que la plus grande partie des droits d'auteur seraient versés hors du pays, en raison de la popularité des émissions et des stations américaines au Canada. Si par ailleurs des droits d'auteur n'étaient versés que pour des émissions canadiennes, on ne règlerait pas le problème du financement d'émissions de haute qualité mais moins populaires et, de toutes façons, les télédistributeurs pourraient préférer aux émissions ou aux stations canadiennes les autres choix " gratuits " et populaires en provenance des États-Unis[26].

Enfin, comme les télédistributeurs devraient négocier individuellement avec les stations de télévision ou les producteurs d'émissions, les coûts administratifs de négociation des contrats augmenteraient considérablement.

L'autre solution (une licence obligatoire) pourrait permettre de calculer le montant des droits d'auteur en fonction d'un certain nombre de critères, soit les recettes, les bénéfices, les abonnés, le nombre et le genre de signaux retransmis, etc. Si l'on se fonde principalement sur l'utilisation des signaux pour obliger les télédistributeurs à verser des droits d'auteur, il est alors logique d'en calculer le montant en fonction du nombre et du genre de signaux retransmis. Par contre, si l'on impose principalement des droits d'auteur dans le but d'obliger l'industrie de la télédistribution à contribuer à la télédiffusion canadienne, il serait alors plus juste de calculer les paiements en fonction de critères financiers[27]. Par ailleurs, on ne peut penser à des droits d'auteur calculés en fonction de la rentabilité puisqu'il existe de nombreuses façons, fort ingénieuses, de déguiser les profits[28].

Les inconvénients inhérents au recours aux forces du marché constituent les avantages d'un système de licence obligatoire. Bien que le montant total des droits d'auteur serait moins élevé dans le cadre de ce dernier système, il s'ensuivrait moins d'interruptions de service pour les abonnés, moins de frais et de problèmes administratifs, et il serait plus facile d'utiliser les fonds en accord avec la politique canadienne en matière de communications.

Qui devrait percevoir les droits d'auteur ?

Les droits d'auteur payés par les télédistributeurs pourraient être versés aux titulaires des droits d'auteur sur l'émission, aux télédiffuseurs, ou aux deux. Si ce droit était accordé aux titulaires des droits d'auteur, indépendamment de leur nationalité, les intérêts américains en seraient les principaux bénéficiaires. Au Canada, environ 50 p. 100 de la programmation des stations de télévision privées est constituée d'émissions en provenance des États-Unis et les télédistributeurs offrent souvent quatre canaux américains (parfois plus) dans lesquels le contenu canadien est pratiquement inexistant. Il serait illogique d'instituer un droit de retransmission pour les titulaires de droits d'auteur si des intérêts américains devaient en profiter de façon disproportionnée par rapport aux Canadiens. Cependant, comme nous en traiterons au chapitre 6 intitulé **Le droit d'auteur, les relations fédérales-provinciales et internationales**, la non-discrimination en raison de la nationalité constitue une disposition fondamentale des conventions internationales sur le droit d'auteur, dont le Canada est signataire. Si l'on doit accorder aux titulaires de droits d'auteur des droits pour la retransmission des émissions par câble, il faudra alors trouver un moyen de privilégier les intérêts canadiens sans faire pour autant de discrimination fondée sur la nationalité.

L'autre solution consisterait à verser aux télédiffuseurs les droits d'auteur payés par les télédistributeurs. On peut envisager deux solutions possibles : la création d'un droit de retransmission lié à la transmission elle-même (par opposition au droit pour l'émission en tant que telle), ou l'adoption d'une loi sur le droit d'auteur qui prévoie explicitement des droits de retransmission dans le contrat permettant de transmettre des émissions achetées par les télédiffuseurs aux titulaires des droits d'auteur. La première solution a été recommandée dans le rapport de Keyes et Brunet; la deuxième est contenue implicitement dans les recommandations du Conseil économique du Canada.

Quoi qu'il en soit, il existe deux problèmes inhérents à tout droit de retransmission qui serait attribué à tous les télédiffuseurs. Le premier a trait à la fuite des droits d'auteur hors du pays, puisque les télédistributeurs retransmettent des émissions en provenance de stations des États-Unis. Le second vient de ce que le paiement de droits d'auteur aux stations canadiennes privées pourrait ne pas s'avérer très efficace pour améliorer le rendement du système canadien de la télédiffusion; nous avons souligné au chapitre 3 que la télévision privée est déjà très rentable, mais que les diffuseurs canadiens privés ne se sont pas particulièrement distingués au chapitre de la programmation.

ANALYSE ÉCONOMIQUE DE TROIS PROPOSITIONS PRÉVOYANT LE PAIEMENT DE DROITS D'AUTEUR PAR LES TÉLÉDISTRIBUTEURS

Droit de retransmission recommandé dans le rapport Keyes-Brunet

Afin d'éviter " des augmentations spectaculaires et immédiates du versement de redevances à des ressortissants étrangers ", implicites dans un système de protection universelle des droits d'auteur sur la retransmission, le rapport Keyes-Brunet recommandait la création d'un " droit de retransmission " en vertu duquel " la protection du droit d'auteur serait accordée, au moyen d'un droit de rediffuser, aux émissions canadiennes d'oeuvres canadiennes ".

Les auteurs de ce rapport ont fait cette recommandation parce qu'ils ont conclu que les émissions ne sont pas, en soi, sujettes aux conventions internationales en matière de droit d'auteur, tandis que l'oeuvre elle-même l'est. En établissant des distinctions quant à l'origine du signal télédiffusé, et en déterminant ensuite d'autres différences relatives à l'origine nationale de l'oeuvre présentée au moyen de ce signal, le Canada pourrait techniquement se conformer à ses obligations internationales tout en s'assurant que les droits d'auteur ne sont pas versés à l'étranger. Ces paiements seraient faits en vertu d'un système de licence obligatoire.

Bien qu'il reste à préciser comment les recettes seraient réparties entre les télédiffuseurs, il est évident qu'une programmation d'origine canadienne deviendrait beaucoup plus intéressante pour les diffuseurs canadiens (bien qu'elle soit toujours très désavantagée par rapport aux émissions en provenance des États-Unis); par contre, ces émissions seraient moins attrayantes pour les télédistributeurs canadiens. Les producteurs d'émissions canadiennes (dans la mesure où il ne s'agit pas des télédiffuseurs canadiens eux-mêmes) en profiteraient également puisqu'ils participeraient au partage des recettes plus élevées des télédiffuseurs.

Les propositions du rapport Keyes-Brunet présentent un certain nombre de faiblesses du point de vue de la politique canadienne en matière de communications. Premièrement, la production d'émissions canadiennes ne serait pas suffisamment stimulée. Keyes et Brunet recommandent un transfert de fonds direct entre l'industrie de la télédistribution et celle de la télédiffusion, sans prévoir de dispositions permettant d'encourager directement la production d'émissions. Nous avons vu au chapitre 3 que la télévision privée au Canada constitue une industrie très rentable, les taux de rendement avant impôt sur l'investissement atteignant plus de 50 p. 100. Malgré cette rentabilité remarquable, seulement 14 p. 100 des recettes du secteur privé sont allouées à des émissions canadiennes. Par ailleurs, les émissions canadiennes transmises par les télédiffuseurs privés sont extrêmement simples, nécessitent peu de personnel et, le plus souvent, ne contribuent que dans une faible mesure à la poursuite des objectifs de la télédiffusion.

Nous ne sommes pas persuadés que le fait d'augmenter les revenus des télédiffuseurs améliorerait sensiblement leur programmation, compte tenu de leurs contraintes financières et de leur rendement actuel en matière de programmation. Nous estimons cependant que des droits d'auteur versés à la Société Radio-Canada et à d'autres diffuseurs publics au Canada stimuleraient la production d'émissions. Ici encore, nous fondons notre évaluation sur les résultats passés de la Société Radio-Canada en matière de programmation, et sur ses besoins financiers.

En second lieu, Keyes et Brunet proposent l'adoption d'une mesure législative de la nature d'un droit de propriété en matière de transmission de signaux télédiffusés. Cependant, l'absence de droits de propriété au chapitre du spectre des fréquences constitue un principe reconnu de longue date tant en matière de politique de télédiffusion, que sur le plan plus général de la gestion des fréquences radioélectriques (voir nos commentaires au chapitre 3). Bien que ce droit de propriété puisse être accordé sous réserve de l'octroi d'une licence de télédiffusion qui ne permet pas la sanction de droits privés, nous nous prononçons néanmoins contre cette atteinte au caractère public du spectre des fréquences, qui est inhérente aux propositions du rapport Keyes-Brunet.

Troisièmement (on abordera le sujet en détail dans un chapitre subséquent), les propositions de Keyes et Brunet comportent une discrimination fondée sur la nationalité qui risque de provoquer des difficultés internationales, malgré qu'elle respecte la lettre des conventions internationales sur le droit d'auteur.

Propositions du Conseil économique du Canada

Le Conseil économique du Canada a recommandé de n'imposer le paiement de droits d'auteur aux télédistributeurs que dans les cas où ces derniers suppriment les messages publicitaires contenus dans une émission, ou lorsque tout message commercial est exclu de la programmation. Le Conseil estimait apparemment que les télédiffuseurs à qui ces droits étaient accordés devraient recevoir une compensation proportionnelle à la cote d'écoute des émissions[29].

Nous avons souligné au chapitre 3 qu'à l'heure actuelle, les messages publicitaires sont rarement éliminés des émissions, bien que le CRTC ait officiellement habilité les télédistributeurs à le faire. Dans la situation présente, les principaux bénéficiaires des recommandations du Conseil économique seraient donc, si elles étaient acceptées, la Société Radio-Canada, les stations provinciales de télévision éducative comme l'Ontario Educational Communications Authority, ainsi que le Public Broadcasting System (PBS) aux États-Unis. Si l'on estime qu'un système de télédiffusion public est en mesure de mieux transmettre d'importantes valeurs culturelles que la télévision financée par la publicité, et dans la mesure où l'on pense que le système public est sous-financé et sous-représenté par rapport aux réseaux privés, le Conseil économique du Canada a dans cette perspective proposé une politique viable[30].

Les propositions du Conseil économique du Canada présentent un certain nombre d'attraits. Tout d'abord, dans la mesure où les droits d'auteur seraient versés à la télévision non commerciale, on encouragerait ainsi ce genre de programmation. Cela pourrait, par exemple, inciter la Société Radio-Canada à ne pas compter autant sur la publicité comme source de financement, ce que, sans doute, les téléspectateurs de Radio-Canada apprécieraient, de même que les télédiffuseurs canadiens privés qui s'attendraient à voir augmenter ainsi leurs recettes de publicité. Il s'ensuivrait également la création de nouveaux réseaux provinciaux de télévision éducative et d'autres stations non commerciales.

En second lieu, dans le cas où le réseau public serait le bénéficiaire du versement des droits d'auteur, il serait plus facile d'allouer des fonds à des objectifs particuliers — la production d'émissions indépendantes, par exemple, si on le jugeait souhaitable — que cela ne le serait pour la télévision privée. Les droits d'auteur versés à la Société Radio-Canada et aux stations provinciales seraient répartis en fonction des besoins financiers et du rendement en matière de programmation[31].

Troisièmement, ces propositions règlent le dilemme posé par la plupart des autres modes de paiement de droits d'auteur en vertu desquels les télédiffuseurs et les titulaires de droits d'auteur des États-Unis seraient les principaux bénéficiaires; pour la majorité des producteurs canadiens, cette solution aurait des suites fort malheureuses. Dans ce cas toutefois, seul le réseau PBS profiterait des droits d'auteur aux États-Unis.

Enfin, les propositions du Conseil économique impliquent la création d'un droit d'auteur incorporé au permis de diffuser (entendre " présenter ") les émissions que le télédiffuseur a acheté aux titulaires de droits d'auteur, tandis que le rapport Keyes-Brunet recommande l'adoption de ce droit dans le cadre du processus de diffusion. Nous estimons qu'il s'agit là d'une solution avantageuse compte tenu du caractère public du spectre des fréquences, qui, comme on le sait, constitue un trait marquant de la politique canadienne en matière de communications.

La principale critique que d'aucuns pourraient adresser aux recommandations du Conseil économique, qui nous semblent présenter un avantage, tient au fait que la loi sur le droit d'auteur établirait des distinctions entre les télédiffuseurs publics et privés. En procédant à une analyse simpliste de la situation, on pourrait soutenir que le droit d'auteur devrait récompenser les producteurs en fonction de la demande et que l'on devrait en ce sens traiter tous les producteurs sur un pied d'égalité. Nous avons cependant démontré largement que la demande elle-même ne se concrétise sur le marché qu'en vertu de la structure juridique, dont le droit d'auteur constitue un des éléments. Il serait donc illogique d'adopter une loi donnant libre cours aux forces du marché, alors que ces forces sont le résultat même de la loi. C'est pourquoi nous avons souligné que la loi constitue un important moyen permettant à la société de réaliser ses objectifs en réajustant les forces du marché. Cependant, les forces du marché actuellement en jeu en matière de télévision privée ne conviennent pas à la poursuite de la politique canadienne en matière de communications. Un droit de retransmission accordé à tous les télédiffuseurs canadiens ne changerait rien au système incitatif inadéquat prévalant dans le domaine de la télédiffusion privée.

En outre, le système de la télédiffusion privée n'a pas à faire face à de pressants besoins financiers dans le cadre du régime de propriété actuel et le fait de lui accorder des droits de retransmission ne reviendrait à rien de plus qu'à un transfert de fonds de l'industrie de la télédistribution aux télédiffuseurs.

Il faut souligner que les propositions du Conseil économique n'ont pas pour but d'enlever aux télédiffuseurs privés des droits qu'il possèdent déjà; elles visent plutôt à **ne pas augmenter** leurs droits en raison de l'imposition de droits d'auteur aux télédistributeurs.

Laissons maintenant de côté la situation actuelle où la suppression et le remplacement des messages publicitaires sont quasi inexistants pour envisager plutôt l'hypothèse qu'il faudrait laisser à l'entière discrétion des télédistributeurs l'élimination et la substitution des messages publicitaires, sous réserve d'une compensation devant être versée aux titulaires de droits d'auteur. Pour les fins de cette discussion, nous tenons pour acquis que le montant des droits d'auteur est négocié pour chaque émission, parce qu'un régime de licences obligatoires ne pourrait pas fonctionner dans un système axé sur la suppression et la substitution des messages commerciaux. On se rendra compte cependant qu'il faut comparer individuellement les messages publicitaires originaux aux messages qui leur sont substitués.

Les télédistributeurs auraient intérêt à remplacer les messages publicitaires initiaux par leurs propres messages, en payant un droit d'auteur aux télédiffuseurs dans les cas suivants : si le temps d'antenne rapporte plus à l'entreprise de télédistribution qu'aux télédiffuseurs; ou si les droits d'auteur sont moins élevés que les recettes publicitaires de l'entreprise de télédistribution, mais qu'elles sont égales ou supérieures à celles qu'aurait perdues le télédiffuseur (en raison de la suppression des messages). Comme l'a souligné Liebowitz, certaines données laissent à penser que plus un téléspectateur est éloigné d'une station de télévision, moins il présente d'intérêt pour un commanditaire[32]. La même conclusion s'applique évidemment dans le cas d'annonceurs locaux, mais elle pourrait être également vraie pour d'autres formes de publicité. Par conséquent, il serait plausible que les télédistributeurs pratiquent la substitution des messages publicitaires (en payant les droits d'auteur qui vont de pair) aux stations de télévision éloignées dont les émissions seraient transmises par câble[33].

Cet état de fait entraînerait deux courants contradictoires en ce qui a trait aux dépenses de publicité télévisée. D'une part, dans la mesure où la publicité télévisée viserait une zone géographique beaucoup plus précise que ce n'est le cas à l'heure actuelle, elle deviendrait un outil beaucoup plus efficace pour la promotion des ventes, et les dépenses de publicité augmenteraient en conséquence.

Par ailleurs, la concurrence réelle entre les stations de télévision s'intensifierait puisque tous les signaux éloignés acquerraient un caractère " local " en ce qui concerne la publicité. Cette concurrence accrue (ou l'augmentation de l'offre pour ce qui est du temps d'antenne de la publicité locale) pourrait occasionner une baisse des tarifs publicitaires, ce qui se traduirait en fin de compte par des recettes moins élevées, en dépit d'une meilleure efficacité de la publicité télévisée. À cet égard cependant, il ne faut pas perdre de vue que les entreprises de télédistribution constituent un monopole

local, ce qui pourrait leur permettre de fixer les tarifs à des niveaux monopolistiques (sous réserve de la concurrence que leur livreraient les stations de télévision locales) afin de maintenir et d'augmenter leurs recettes provenant de la publicité télévisée.

Il est fort possible d'envisager des situations où l'on pratiquerait la substitution des messages publicitaires (avec le paiement des droits d'auteur correspondants) à tous les signaux éloignés, aux signaux en provenance des États-Unis seulement, et aux signaux canadiens seulement.

Si l'élimination des messages publicitaires s'appliquait à toutes les stations, les principaux bénéficiaires en seraient les stations et les titulaires de droits d'auteur des États-Unis, parce que toutes les stations américaines sont éloignées dans la mesure où elles desservent tout d'abord des marchés autres que le Canada, et parce que 70 p. 100 du temps d'écoute des Canadiens anglais est consacré à des émissions en provenance des États-Unis. Il est vrai que les télédistributeurs, les télédiffuseurs et les titulaires de droits d'auteur canadiens tireraient des revenus plus élevés au pareil cas (c'est-à-dire en supposant que la concurrence accrue en matière de publicité locale aurait des effets négligeables sur les tarifs publicitaires et la part relative des stations locales). On estime cependant que les intérêts américains recevraient au minimum trois dollars de plus pour chaque dollar perçu par les titulaires de droits d'auteur canadiens. Si le système de substitution des messages publicitaires et de paiement de droits d'auteur n'était appliqué qu'aux signaux en provenance des États-Unis, les recettes supplémentaires obtenues par des intérêts américains seraient encore plus élevées, les titulaires de droits d'auteur canadiens ne recevant en ce cas aucun montant additionnel.

Si l'élimination et la substitution des messages publicitaires ainsi que le paiement de droits d'auteur n'étaient appliqués qu'aux stations canadiennes éloignées, les titulaires de droits d'auteur canadiens y trouveraient probablement plus d'avantages que dans les deux situations décrites ci-dessus. Et si la suppression des messages commerciaux n'était permise que pour la partie canadienne de la programmation des stations canadiennes éloignées, les titulaires de droits d'auteur et les autres intérêts canadiens en seraient les seuls bénéficiaires. Cette concurrence accrue pour la diffusion de la publicité locale pourrait provoquer une plus grande concentration du contrôle de la télédiffusion canadienne, si l'intensification de la concurrence était préjudiciable à la situation financière des petites stations.

Il faut souligner que ces observations diffèrent de la politique adoptée par le CRTC en ce qui a trait à la suppression et à la substitution des messages publicitaires puisque le Conseil n'a pas

envisagé de les assortir d'un paiement de droit d'auteur. Si les télédistributeurs ne sont pas tenus de verser des droits d'auteur, il est alors logique d'un point de vue pragmatique (sinon moral) de supprimer les messages publicitaires des stations américaines; si des droits d'auteur doivent être versés, il est juste d'éliminer les messages publicitaires de la programmation des stations canadiennes.

Toute politique relative à la suppression et la substitution des messages publicitaires assorties du paiement de droits d'auteur serait favorablement accueillie par les commanditaires locaux en raison de l'augmentation des possibilités de diffuser leur publicité; par les télédistributeurs parce qu'ils y trouveraient leur intérêt; et par certains titulaires de droits d'auteur canadiens. Cette politique pourrait également être fort bien reçue par les télédiffuseurs canadiens dont les revenus augmenteraient dans l'ensemble, bien que la concurrence accrue pourrait faire perdre des recettes publicitaires à certaines stations (sans doute les plus petites) sur leurs marchés locaux, ces stations ne pouvant par ailleurs compenser ces pertes sur les marchés éloignés.

Recommandations du Comité Clyne

Ni le rapport Keyes-Brunet ni le Conseil économique du Canada n'ont fait de recommandations au sujet de l'exclusivité des droits de programmation par rapport à l'importation par câble de signaux éloignés, mais le Comité Clyne s'est principalement penché sur cette question. À l'heure actuelle, les télédiffuseurs (tant les réseaux que les stations locales) qui desservent des territoires géographiques bien définis, négocient le droit exclusif de diffuser des émissions sur leurs territoires pendant une période donnée (généralement de 1 à 2 ans); les stations et réseaux concurrents ne peuvent négocier les droits de diffuser la même programmation pendant la durée de l'entente.

Les télédistributeurs contournent ces ententes, tout au moins dans une certaine mesure, en transmettant des signaux éloignés sur les marchés locaux et en important des signaux étrangers au Canada, alors que ces stations éloignées ont elles-mêmes négocié les droits exclusifs sur ces émissions pour **leurs** territoires, mais n'ont pas négocié de tels droits pour le territoire desservi par le réseau local de télédistribution. Étant donné que les télédistributeurs ne sont pas tenus de verser des droits d'auteur en vertu de la loi actuelle, l'exclusivité des droits de programmation des diffuseurs s'en trouve affectée et la valeur des droits exclusifs appartenant aux titulaires de droits d'auteur en est réduite d'autant. La situation est analogue au cas d'un éditeur qui aurait négocié les droits exclusifs de publier une oeuvre (au Canada par exemple) pour s'apercevoir ensuite qu'un éditeur concurrent vend cette même oeuvre sans avoir négocié aucun de ces droits.

L'une des principales conclusions du chapitre 2 est qu'il existe rarement des droits de propriété exclusifs et, à vrai dire, dans la plupart des cas, il serait impossible et peu souhaitable de les exécuter en raison de l'interdépendance des droits. En ce qui a trait au sujet qui nous occupe, les télédiffuseurs désireraient obtenir des droits de programmation exclusifs et voudraient empêcher les entreprises de télévision par câble de distribuer sur leurs marchés des émissions dont ils ont acheté les droits " exclusifs ". Les télédistributeurs réclament par contre le droit de capter des signaux en direct et de les retransmettre, indépendamment des émissions diffusées au moyen de ces signaux, position qui est étayée par l'actuelle **Loi sur le droit d'auteur** et l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux. Ayant conclu toutefois qu'il ne peut généralement exister de droits exclusifs, nous ne pouvons énoncer de principe général sur cette question, considérant qu'elle doit être résolue en fonction des circonstances particulières de chaque cas.

Il faut cependant souligner deux autres éléments à cet égard. Premièrement, les règlements du CRTC prévoient que les télédistributeurs doivent éliminer les signaux éloignés (et leur substituer des signaux locaux) lorsque la même émission est diffusée simultanément. Ce règlement a pour effet de rétablir l'exclusivité de programmation dans le cas de la diffusion simultanée d'une émission identique. (Le CRTC a déjà envisagé la possibilité de faire respecter ces dispositions relatives à l'élimination et à la substitution de signaux pendant une période de sept jours avant et après la diffusion locale, mais ne l'a pas fait en raison des protestations de l'industrie de la télédistribution[34].)

En second lieu, on pourrait soutenir que ces problèmes se règleraient d'eux-mêmes si les parties étaient totalement libres de contracter. On pourrait considérer qu'en négociant les droits afférents à un marché local, les titulaires des droits sur une émission sont bien conscients de ce que les signaux éloignés distribués par câble réduiront la valeur de leurs droits exclusifs aux yeux du diffuseur local et qu'ils accepteront donc un paiement moindre. On pourrait toutefois avancer aussi que les titulaires de droits savent que les émissions d'une station de télévision sont retransmises par les télédistributeurs hors de leur aire de diffusion et pourront, par conséquent, négocier des prix plus élevés qu'ils ne pourraient le faire autrement. On pourrait alors dire que le résultat net sera neutre (à moins que les téléspectateurs ne passent plus de temps devant la télévision en raison de la plus grande variété d'émissions offertes grâce à la télédistribution).

Ce dernier argument semble raisonnable a priori. Il faut cependant y apporter trois objections : la question de la télédiffusion internationale; les coûts des transactions et une connaissance imparfaite de la situation; et les changements technologiques.

En ce qui a trait aux aspects internationaux de cette question, on peut fort bien concevoir — même dans le cas de transactions moins coûteuses et d'une intelligence plus éclairée des faits — que la situation évoluerait au détriment des stations et des titulaires de droits d'auteur canadiens, et à l'avantage des stations et des titulaires de droits d'auteur étrangers. Dans la mesure où les stations canadiennes perdent leurs droits exclusifs de programmation en raison de l'importation de signaux américains par les télédistributeurs, les recettes des diffuseurs canadiens diminueront et, selon toute vraisemblance, ne seront pas compensées par les recettes perçues sur les marchés des États-Unis[35]. Pour autant que les droits d'auteur versés par les télédiffuseurs canadiens aux producteurs d'émissions canadiennes sont fonction des recettes perçues par ces télédiffuseurs, la télédistribution pourrait entraîner une baisse dans la production des émissions canadiennes[36].

Quant à la commodité des contrats et à la connaissance parfaite de la situation, il suffit de dire qu'il pourrait s'avérer difficile et onéreux d'empêcher les accrocs au système, ce qui occasionnerait une diminution des recettes.

La question des changements technologiques demeure un problème capital, étroitement lié aux observations qui précèdent. Jusqu'à présent, les télédistributeurs devaient faire face à certaines contraintes d'ordre technologique pour importer des signaux éloignés, par exemple, les possibilités techniques des réseaux d'antennes bien situées (têtes de ligne), ou de tels réseaux renforcés par des têtes de ligne éloignées ou par micro-ondes. Par ailleurs, l'organisme responsable en cette matière a aussi limité l'utilisation de ces derniers systèmes.

La technologie des satellites de communications permet aux réseaux de télédistribution de retransmettre les émissions de stations jusqu'ici à caractère purement local et ce, pour un coût marginal pratiquement nul, lorsque le signal est retransmis par satellite. Dans un avenir prévisible, la diffusion directe par satellite (DDS) permettra la diffusion nationale de " stations " sans passer par l'intermédiaire des télédistributeurs.

L'utilisation des satellites en conjonction avec les systèmes de télédistribution, ou autrement, complique encore les choses en ce qui a trait à l'exclusivité de la programmation des télédiffuseurs et pourrait bien, à long terme, remettre en question l'existence même de la télédiffusion locale comme nous la connaissons aujourd'hui. Il est en outre possible que les titulaires des droits d'auteur sur une émission estiment plus lucratif de vendre en exclusivité leurs droits à des " stations " distribuées à l'échelle nationale par une entreprise de télédistribution, plutôt qu'aux stations locales et aux réseaux

composés de stations locales affiliées entre elles; une telle transaction aurait pour effet d'interdire la vente des émissions aux stations locales (ou aux réseaux qui les représentent). De la même façon, les " superstations " canadiennes pourraient être empêchées d'acheter ces droits par les " stations " ou les réseaux américains qui peuvent être captés au Canada par les télédistributeurs, ou directement grâce à la DDS. On peut s'attendre à ce que les titulaires de droits d'auteur veuillent maximiser leurs revenus en vendant leurs droits exclusifs aux parties pouvant assurer la plus grande diffusion, tout au moins lorsqu'il y a matière à exclusivité.

L'organisme chargé de la réglementation porte bien sûr une importante responsabilité à cet égard. Le CRTC possède tous les pouvoirs relatifs aux signaux qui pourront être diffusés par les satellites canadiens et/ou retransmis par les télédistributeurs canadiens. Si le CRTC autorisait une distribution nationale des " superstations " canadiennes ou américaines (que ce soit par le biais des réseaux câble-satellite, ou directement par la DDS) qui présenteraient substantiellement la même programmation que les diffuseurs locaux, il condamnerait probablement ces derniers à disparaître, tout au moins sur les marchés ruraux. Ces " superstations " pourraient faire concurrence aux réseaux nationaux pour obtenir des droits exclusifs sur le plan national, et seraient en mesure d'empêcher les stations indépendantes et leurs stations affiliées de diffuser des émissions intéressantes durant les périodes qui ne sont pas réservées aux réseaux. On peut également s'attendre à ce que la concurrence accrue fasse augmenter les prix demandés par les producteurs américains quand apparaîtront les réseaux canadiens d'envergure nationale.

Nous reviendrons à certains problèmes reliés aux changements technologiques et à la politique en matière de droits d'auteur au chapitre 10 (**Conclusions et recommandations**).

RÉSUMÉ

Au début de ce chapitre, nous avons abordé un certain nombre de questions économiques importantes ayant trait au paiement des droits d'auteur par les télédistributeurs : monopole, incidence, égalité de traitement pour les téléspectateurs, conséquences financières de la télédistribution pour les télédiffuseurs et les titulaires de droits d'auteur, et incitation résultant du paiement des droits d'auteur par les télédistributeurs. Nous avons exposé les deux principaux moyens qui pourraient être utilisés pour obliger les télédistributeurs à payer des droits d'auteur, soit la négociation et les licences obligatoires. Nous avons souligné que la négociation, malgré qu'elle puisse avoir pour effet de maximiser le montant des droits d'auteur versés, ne se compare pas avantageusement au système de licences obligatoires en raison des conséquences possibles sur les services aux abonnés, sur la mise en oeuvre de la politique canadienne en matière de communications, sur le coût des transactions et sur l'administration du système.

On s'est ensuite penché sur l'aspect économique de trois propositions visant à obliger les télédistributeurs à payer des droits d'auteur : celles du rapport Keyes-Brunet, du Conseil économique du Canada et du Comité Clyne. Les recommandations du rapport Keyes-Brunet présentent le principal avantage de retenir au Canada tous les droits d'auteur versés par les télédistributeurs, mais cela se ferait au prix d'une discrimination fondée sur la nationalité, prévue dans la loi même, et il s'ensuivrait probablement des difficultés sur le plan international.

Les propositions du rapport Keyes-Brunet présentent également d'autres inconvénients. Étant donné que les télédiffuseurs tant publics que privés recevraient ces paiements, une partie importante de ces fonds ne serait pas utilisée pour stimuler la création d'émissions canadiennes. Cette proposition implique de plus la création d'un droit de propriété relatif aux signaux diffusés, ce qui irait à l'encontre de la politique en matière de télédiffusion prévoyant clairement que les " fréquences radioélectriques sont du domaine public ".

Les recommandations du Conseil économique présentent, pour leur part, de nombreux avantages. Tout d'abord, les droits d'auteur versés seraient en grande partie conservés au Canada sans aucune discrimination fondée sur la nationalité, comme le stipule la loi. En second lieu, les fonds seraient alloués aux réseaux non commerciaux, là où les besoins financiers sont les plus grands et les résultats en matière de programmation sont les meilleurs. Troisièmement, le droit de propriété serait incorporé dans la licence permettant de diffuser des émissions et non dans la diffusion elle-même, ce qui concorde avec le principe voulant que les " fréquences sont du domaine public ". Quatrièmement, les forces du marché s'ajusteraient mieux avec les objectifs de la politique canadienne en matière de communications que si l'on adoptait les propositions du rapport Keyes-Brunet. Les propositions du Conseil économique présentent cependant un inconvénient que l'on retrouve également dans les propositions de Keyes et Brunet : on n'y prévoit aucune disposition spéciale pour encourager les producteurs indépendants.

Enfin, nous avons souligné que le Comité Clyne a recommandé que l'on adopte des dispositions législatives afin de protéger l'exclusivité des droits de programmation. Nous ne sommes pas encore en mesure d'en arriver à une conclusion de principe sur cette question et réservons notre jugement jusqu'à ce que nous ayons étudié la question des changements technologiques au chapitre 10.

NOTES

1. A.A. Keyes et C. Brunet, **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la loi**, pp. 157-158.

2. Voir par exemple, Steven Globerman et Mitchell Rothman, **An Economic Analysis of a Performers' Right**, document préparé pour la Direction de la recherche et les affaires internationales, ministère de la Consommation et des Corporations, Ottawa, 1979 (photocopie). Les auteurs y déclarent ce qui suit : " Un droit d'auteur constitue un monopole public; à moins qu'il n'y aille de quelques objectifs publics importants, le public ne devrait pas créer de monopole. " (p. 7). De la même façon, S.J. Liebowitz souligne que " donner un monopole à un titulaire de droits d'auteur, c'est lui permettre de tirer du public la plus grande partie possible de la valeur d'un bien. Lorsque le bien est produit, un monopoleur titulaire d'un droit d'auteur désavantagera la société en refusant que le volume optimal de production soit atteint ". S.J. Liebowitz, **Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre**, (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada pour le ministère de la Consommation et des Corporations, 1980), p. 3.

3. Gordon D. Kaufman, **Relativism, Knowledge and Faith** (Chicago, University of Chicago Press, 1960); voir aussi Stanislav Andreski, **Social Science as Sorcery** (Londres, André Deutsch, 1972); Thomas S. Kugn, **The Structure of Scientific Revolutions**, 2e éd., (Chicago, University of Chicago Press, 1969); Michael Polanyi, **Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy** (Chicago, University of Chicago Press, 1962).

4. Voir, par exemple, Kenneth Boulding, **Economic Analysis, Vol. 1 Microeconomics**, 4e éd., (New York, Harper and Row, 1966), pp. 470-485; et Harold Hotelling, "Stability in Competition", **Economic Journal**, Vol. XXXIX (1929), pp. 41-57.

5. George Stocking et Willard Mueller, "The Cellophane Case and the New York Competition", **American Economic Review Vol. XLV** (1955), pp. 29-63.

6. Joe S. Bain, "Relation of Profit Rate to Industry Concentration", **Quarterly Journal of Economics** (août 1951); H. Michael Mann, "Seller Concentration, Barriers to Entry, and Rates of Return in Thirty Industries 1950-1960", **Review of Economics and Statistics** (août 1966).

7. Joe S. Bain, **Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries** (Cambridge, Harvard, 1965); et William G. Shepherd, **The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Enterprise** (New York, Columbia University Press, 1975), pp. 92-113.

8. Tony Schwartz, **The Responsive Chord** (Garden City, Anchor Press/Doubleday, 1974), p. 52.

9. Le fait de regarder la télévision comporte certains coûts en immobilisation, comme l'achat ou la location du téléviseur et, peut-être, l'abonnement mensuel au câble, mais les coûts variables se limitent à une faible consommation d'électricité et à la dépréciation du téléviseur lui-même.

10. De nombreux économistes ont d'ailleurs déclaré que ce " dédoublement inutile " des genres d'émissions associé à l'augmentation de la concurrence jouait au détriment d'un système concurrentiel en matière de télédiffusion. Voir, entre autres, Peter Steiner, "Program Patterns and Preferences and the Workability of Competition in Radio Broadcasting", **Quarterly Journal of Economics** (1952); Peter Wiles, "Pilkington and the Theory of Value," **Economic Journal** (1953); Harvey Levin, "Program Duplication, Diversity and Effective Viewer Choices: Some Empirical Findings", **American Economic Review** (1971); et Edward Greenberg et Harold Barnett, "TV Program Diversity - New Evidence and Old Theories", **American Economic Review** (1971).

11. Plus on donne une définition étroite d'une industrie ou d'un produit, plus il y aura de risques que cette industrie semble souffrir de concentration. Les producteurs de l'émission " Tonight Show " détiennent un monopole sur cette émission, mais non sur toute autre tribune téléphonique et certainement pas sur les émissions de télévision. Cela ne revient pas à dire cependant que

certaines émissions, en raison de leur caractère unique, comme la partie de la Coupe Grey ou un championnat mondial de boxe poids lourds, ne comportent pas un aspect important de pouvoir monopolistique. Voir plus généralement sur ce sujet, Maxwell R. Conklin et Harold T. Goldstein, "Census Principles of Industry and Product Classification, Manufacturing Industries", **Business Concentration and Price Policy**, rapport du National Bureau of Economic Research (Princeton, Princeton University Press, 1955), pp. 15-55.

12. Nous avons traité au chapitre 3 de la faiblesse de la production indépendante d'émissions de télévision au Canada.

13. Il ne s'agit pas de nier qu'on trouve les origines du droit d'auteur dans l'octroi de privilèges de nature monopolistique voici plusieurs centaines d'années. Voir R. J. Robert, "Canadian Copyright: Natural Property of Mere Monopoly", **Canadian Patent Review**, vol. 40 (2), pp. 33-54.

14. Leonard Good, **An Economic Model of the Canadian Cable Television Industry and the Effects of CRTC Regulation**, thèse de doctorat, Université de Western Ontario, 1974, pp. 60-74; International Institute of Quantitative Economics (Université Concordia), **Economic Study of the Financial and Market Characteristics of the 16 Largest CATV Companies in Canada**, rapport préparé pour le ministère des Communications, 1974, pp. 35-42; Robert E. Babe, **La câblodiffusion et les télécommunications au Canada : analyse économique**, pp. 17-47; et Stuart McFadyen, Colin Hoskins et David Gillen, **Canadian Broadcasting: Market Structure and Economic Performance**, pp. 223-246.

15. Voir note précédente.

16. McFadyen, Hoskins et Gillen, **op. cit.**, p. 231. Voir aussi Leonard Good, **op. cit.**, p. 100, où l'auteur évalue une situation de demande légèrement inélastique. Les monopoles cherchant à maximiser leurs profits n'augmenteront pas leurs prix dans la partie inélastique de leur courbe de demande.

17. McFadyen, Hoskins et Gillen, **op. cit.**

18. Voir Richard Musgrave, **The Theory of Public Finance: A Study in Political Economy** (New York, McGraw Hill, 1959), pp. 289-309. On pourrait aussi imposer une taxe individuelle aux abonnés (" taxe d'accise "), mais c'est là un mécanisme moins efficace. Voir **Ibid.**, pp. 287-289 et 309.

19. Dans la mesure où les télédistributeurs ne souhaitent pas voir baisser le nombre de leurs abonnés, ils pourraient maintenir leurs tarifs actuels pour le service de base et récupérer (une partie de) la taxe en facturant les services additionnels, comme la télévision payante, les services de vidéotex, d'alarme ou pour le relevé des compteurs.

20. " On se trouve ainsi dans une situation quelque peu embarrassante. Ceux qui regardent les émissions en direct ne sont pas les seuls à payer les auteurs de ces émissions, puisque d'autres membres de la collectivité paient également. Or, si les propositions étudiées sont retenues, les abonnés du câble ne seront pas traités de la même manière que ceux qui captent les émissions en direct, puisqu'ils devront payer pour regarder ces mêmes émissions ... Tous les téléspectateurs (de la télévision non commerciale financée par des contributions volontaires) peuvent en bénéficier et il n'y a pas de raison pour que les abonnés d'un STAC ne puissent en faire autant. " S.J. Liebowitz, **Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre**, pp. 22-26.

21. Voir Carl Beigie, "An Economic Framework for Policy Action in Canadian Telecommunications", dans H. E. English, éd., **Telecommunications for Canada: An Interface of Business and Government** (Toronto, Methuen, 1973), pp. 101 ss.

22. CRTC, Avis public, **Amélioration et développement de la radiodiffusion canadienne, et extension du rayonnement de la télévision américaine par la télévision par câble**, 3 décembre 1969.

23. Robert E. Babe, **La câblodiffusion et les télécommunications au Canada : analyse économique**, et S.J. Liebowitz, **Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre.**

24. Stanley Besen, Willard Manning et Bridges Mitchell, "Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licensing and the Coase Teorem", **Journal of Law and Economics**, 21 (avril 1978), p. 86.

25. Cela revient techniquement à pratiquer une discrimination parfaite par le prix, système dans lequel on isole chaque achat effectué par chaque client, en facturant le plus possible à chaque occasion, maximisant ainsi les revenus. Voir Alfred A. Kahn, **The Economics of Regulation: Principles and Institutions, Vol. 1, Principles** (New York, Wiley, 1970), pp. 131-133.

26. La retransmission obligatoire des émissions et des stations canadiennes, qui pourrait être imposée par règlement, sape les fondements de la détermination des prix en fonction des forces du marché, puisque les stations canadiennes pourraient obtenir des paiements élevés en raison du caractère obligatoire de cette retransmission, indépendamment de la cote d'écoute de l'émission.

27. Là encore, si les paiements sont calculés en fonction du nombre et du genre de signaux retransmis, la plus grande partie des droits d'auteur pourrait bien être versée aux stations américaines à moins que la loi ne prévoie certaines dispositions de nature discriminatoire.

28. On pourrait citer à titre d'exemple les transactions effectuées avec les stations subsidiaires et affiliées, les salaires élevés payés aux directeurs, la manipulation des tarifs de base, etc.

29. Conseil Économique du Canada, **Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle**, p. 76.

30. En l'absence d'une ordonnance du CRTC obligeant les télédistributeurs à retransmettre ces signaux, on pourrait s'attendre à ce que les télédistributeurs comparent les droits d'auteur devant être versés à cause de la transmission de ces signaux avec la diminution du nombre d'abonnés en raison de la suppression des signaux du réseau public.

31. On estime, dans une série d'équations de régression, que l'auditoire local est évalué à deux fois et demie l'auditoire éloigné. Cependant, dans d'autres analyses de régression, l'auteur conclut que " ... les téléspectateurs locaux ont plus de valeur que les téléspectateurs éloignés ... Ce résultat est sûrement équivoque ". S.J. Liebowitz, **Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre**, pp. 51 et 54.

32. Nous n'écartons cependant pas la possibilité que, dans les grands marchés urbains, les télédistributeurs puissent procéder à une segmentation rentable des marchés grâce aux options publicitaires locales.

33. Les stations éloignées pourraient aussi acheter elles-mêmes de la publicité locale et s'entendre avec les entreprises de télédistribution pour qu'elles procèdent à la substitution des messages. Cependant, nous ne poursuivrons pas sur ce point, puisqu'il n'est pas relié au problème du versement des droits d'auteur par les télédistributeurs.

34. Si l'on demandait simplement aux télédistributeurs de supprimer le signal éloigné dans les cas où une émission identique est diffusée sept jours avant ou après qu'une station locale l'ait elle-même fait, les entreprises de télédistribution ne seraient pas tenues de verser les droits d'auteur, bien que le brouillage des canaux irriterait sans doute certains abonnés au câble. Par contre, si les télédistributeurs substituaient à l'émission éloignée une bande magnétoscopique, contenant également les messages publicitaires initiaux de l'émission locale, elles seraient alors obligées de verser les droits d'auteur en vertu de la loi actuelle et devraient entreprendre des négociations avec le titulaire des droits d'auteur pour ce faire.

35. L'étude Liebowitz ne tient pratiquement pas compte des effets différents que pourrait avoir la télédistribution sur les diffuseurs américains et canadiens, l'auteur s'attachant seulement à étudier les incidences de la télédistribution sur les stations canadiennes et américaines considérées comme un tout. Dans le rapport Babe, l'auteur n'a pas étudié les effets du câble sur les stations canadiennes seulement et a conclu qu'on ne pouvait discerner aucune conséquence financière négative au moment de l'analyse (1972). Néanmoins, il a déclaré qu'il était probable que la télédistribution ferait décroître les recettes de la télédiffusion à l'avenir, pour un certain nombre de raisons. Voir Babe, **La câblodiffusion et les télécommunications au Canada**, pp. 208-212.

36. Voir le tableau 4 au chapitre 3 et les commentaires qui l'accompagnent.

CHAPITRE 5

Le droit d'auteur en matière de télédistribution, la politique culturelle et la politique de la télédiffusion

par Conrad Winn

INTRODUCTION

Les problèmes de droit d'auteur ont généralement une incidence sur le plan culturel. Ces mêmes questions dans le cadre du système de télédistribution ont des effets certains en matière de télédiffusion. Il faudrait en principe tenir compte de la politique canadienne de la culture et de la télédiffusion pour déterminer si les entreprises canadiennes de télédistribution devraient payer pour avoir le droit de retransmettre des émissions. L'adoption d'un droit de retransmission et le choix d'une forme quelconque de droit plutôt qu'une autre devrait également refléter les principes directeurs qui orientent la politique culturelle en général et la politique de la télédiffusion en particulier.

Toutefois, il n'est pas facile de replacer le problème du droit d'auteur relatif à la télédistribution dans le contexte de la politique canadienne en matière de culture et de télédiffusion. La participation financière du gouvernement dans le domaine de la culture et des communications est fort importante. Cependant, pour des raisons inhérentes au sujet lui-même, le gouvernement fédéral n'a pas toujours été en mesure d'énoncer clairement les objectifs de sa politique. Il affecte environ 1 milliard de $ annuellement à la culture et aux communications si l'on ne tient compte que des organismes qualifiés " d'agences culturelles ". La Société Radio-Canada est la principale bénéficiaire de l'aide financière accordée à ces organismes (voir tableau 5). Si l'on élargit la notion de culture afin d'y inclure la religion et les relations familiales, la participation financière du gouvernement fédéral s'accroît alors en raison des diverses dépenses de nature fiscale en vue d'appuyer les institutions religieuses, le mariage, la procréation et les autres aspects de la vie familiale.

TABLEAU 5

DÉPENSES DU GOUVERNEMENT DU CANADA EN MATIÈRE CULTURELLE

ÉVALUATION 1980-1982

	1980-1981	1981-1982
	(en milliers de dollars)	
Direction des arts et de la culture*	20,4	29,7
Conseil des Arts du Canada	44,6	49,9
Société Radio-Canada	577,4	649,4
Société de développement de l'industrie cinématographique canadienne	4,1	4,2
Ministère des Communications**	107,6	107,6
Centre national des Arts	10,9	11,9
Office national du film	40,3	46,4
Bibliothèque nationale	17,1	21,4
Musée nationaux	52,4	56,1
Archives publiques	23,9	29,0
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada	41,7	45,6

* Autrefois sous l'autorité du Secrétariat d'État; relève du ministère des Communications depuis 1980.

** Ne comprend pas la Direction des arts et de la culture. Voir la note précédente.

Nonobstant son important rôle financier dans de multiples facettes de la culture, le gouvernement fédéral a hésité à définir tous ses objectifs et à se doter à ce chapitre d'une politique non équivoque. Aucun ministre n'a pour fonction première de s'occuper de la culture; aucun ministère n'a pour mandat premier de s'occuper des affaires culturelles. Les responsabilités bureaucratiques ont été confiées à une Direction des arts et de la culture composée de 24 personnes. Sous l'autorité du ministère des Communications depuis 1980, cette direction relevait auparavant du Secrétariat d'État, lequel constitue un genre de catégorie résiduelle au sein des ministères fédéraux[1].

Malgré l'absence d'une politique culturelle officielle, on peut cependant discerner un thème central dans les programmes du gouvernement fédéral et dans les directives émanant du Cabinet, à savoir encourager l'expression culturelle des Canadiens et la teneur canadienne des activités culturelles au pays. Cet objectif d'un plus grand contenu canadien se reflète dans le domaine de la télédiffusion plus que dans tout autre secteur de la culture. Il s'est cependant manifesté davantage dans les autres aspects de l'expression culturelle, au cours des dernières années, en raison des efforts du gouvernement fédéral pour freiner la croissance des forces centrifuges au sein de la Confédération.

CHAPITRE 5

Le droit d'auteur en matière de télédistribution, la politique culturelle et la politique de la télédiffusion

par Conrad Winn

INTRODUCTION

Les problèmes de droit d'auteur ont généralement une incidence sur le plan culturel. Ces mêmes questions dans le cadre du système de télédistribution ont des effets certains en matière de télédiffusion. Il faudrait en principe tenir compte de la politique canadienne de la culture et de la télédiffusion pour déterminer si les entreprises canadiennes de télédistribution devraient payer pour avoir le droit de retransmettre des émissions. L'adoption d'un droit de retransmission et le choix d'une forme quelconque de droit plutôt qu'une autre devrait également refléter les principes directeurs qui orientent la politique culturelle en général et la politique de la télédiffusion en particulier.

Toutefois, il n'est pas facile de replacer le problème du droit d'auteur relatif à la télédistribution dans le contexte de la politique canadienne en matière de culture et de télédiffusion. La participation financière du gouvernement dans le domaine de la culture et des communications est fort importante. Cependant, pour des raisons inhérentes au sujet lui-même, le gouvernement fédéral n'a pas toujours été en mesure d'énoncer clairement les objectifs de sa politique. Il affecte environ 1 milliard de $ annuellement à la culture et aux communications si l'on ne tient compte que des organismes qualifiés " d'agences culturelles ". La Société Radio-Canada est la principale bénéficiaire de l'aide financière accordée à ces organismes (voir tableau 5). Si l'on élargit la notion de culture afin d'y inclure la religion et les relations familiales, la participation financière du gouvernement fédéral s'accroît alors en raison des diverses dépenses de nature fiscale en vue d'appuyer les institutions religieuses, le mariage, la procréation et les autres aspects de la vie familiale.

TABLEAU 5

DÉPENSES DU GOUVERNEMENT DU CANADA EN MATIÈRE CULTURELLE

ÉVALUATION 1980-1982

	1980-1981	1981-1982
	(en milliers de dollars)	
Direction des arts et de la culture*	20,4	29,7
Conseil des Arts du Canada	44,6	49,9
Société Radio-Canada	577,4	649,4
Société de développement de l'industrie cinématographique canadienne	4,1	4,2
Ministère des Communications**	107,6	107,6
Centre national des Arts	10,9	11,9
Office national du film	40,3	46,4
Bibliothèque nationale	17,1	21,4
Musée nationaux	52,4	56,1
Archives publiques	23,9	29,0
Conseil de recherches en sciences humaines du Canada	41,7	45,6

* Autrefois sous l'autorité du Secrétariat d'État; relève du ministère des Communications depuis 1980.
** Ne comprend pas la Direction des arts et de la culture. Voir la note précédente.

Nonobstant son important rôle financier dans de multiples facettes de la culture, le gouvernement fédéral a hésité à définir tous ses objectifs et à se doter à ce chapitre d'une politique non équivoque. Aucun ministre n'a pour fonction première de s'occuper de la culture; aucun ministère n'a pour mandat premier de s'occuper des affaires culturelles. Les responsabilités bureaucratiques ont été confiées à une Direction des arts et de la culture composée de 24 personnes. Sous l'autorité du ministère des Communications depuis 1980, cette direction relevait auparavant du Secrétariat d'État, lequel constitue un genre de catégorie résiduelle au sein des ministères fédéraux[1].

Malgré l'absence d'une politique culturelle officielle, on peut cependant discerner un thème central dans les programmes du gouvernement fédéral et dans les directives émanant du Cabinet, à savoir encourager l'expression culturelle des Canadiens et la teneur canadienne des activités culturelles au pays. Cet objectif d'un plus grand contenu canadien se reflète dans le domaine de la télédiffusion plus que dans tout autre secteur de la culture. Il s'est cependant manifesté davantage dans les autres aspects de l'expression culturelle, au cours des dernières années, en raison des efforts du gouvernement fédéral pour freiner la croissance des forces centrifuges au sein de la Confédération.

Les propositions du rapport Keyes-Brunet consistant à assurer la protection des droits d'auteur aux émissions d'origine canadienne concordent avec la politique générale du gouvernement fédéral, qui veut assurer un plus grand contenu canadien dans les champs de la culture et de la télédiffusion. Dans le présent chapitre, nous en venons à la conclusion que l'on pourrait favoriser la réalisation de certains objectifs du gouvernement canadien en prévoyant dans la loi un droit de retransmission restreint aux émissions canadiennes, ou une disposition quelconque, semblable au droit d'auteur, afin d'aider financièrement la production d'émissions canadiennes.

On ne peut se fonder uniquement sur le critère de la politique en matière de culture et de télédiffusion pour déterminer si l'on devrait prévoir dans la loi un droit de retransmission et si seules les émissions canadiennes devraient être protégées par un droit d'auteur. Si l'on décidait de limiter cette protection aux émissions canadiennes, les relations pourraient en souffrir. Étant donné que les oeuvres canadiennes protégées par un droit d'auteur dans les émissions canadiennes retransmises sur certains réseaux de télédistribution aux États-Unis peuvent entraîner le versement de redevances en vertu de la nouvelle loi sur les droits d'auteur aux États-Unis, l'industrie de la télédiffusion et du spectacle, ainsi que le gouvernement américain, pourraient s'inquiéter de l'absence de dispositions équivalentes dans la loi canadienne[2].

Les réactions possibles des États-Unis à la politique canadienne en matière de droit d'auteur et aux stratégies éventuelles du Canada sont analysées au chapitre 6 (**Le droit d'auteur, les relations fédérales-provinciales et les relations internationales**). Au chapitre 7, intitulé **Problèmes d'ordre administratif et réglementaire**, nous étudions dans quelle mesure les droits d'auteur canadiens sont effectivement protégés par la loi américaine.

Pour en revenir à la politique culturelle canadienne, ce n'est pas surtout la lassitude du gouvernement fédéral qui explique cette lenteur à élaborer des objectifs culturels, mais plutôt le fait que la culture est dans une certaine mesure considérée comme une énigme. Ainsi, la culture se compose-t-elle simplement de l'activité des artistes professionnels, ou englobe-t-elle toutes les activités ayant une incidence sur les valeurs, les croyances et l'identité ? L'élaboration d'une politique culturelle a également été entravée par diverses interrogations d'ordre politique ou religieux quant au bien-fondé d'une intervention publique dans le secteur culturel. Par exemple, le principe de la liberté d'expression culturelle est-il entièrement compatible avec l'appui qu'apporte le gouvernement à l'expression culturelle canadienne ?

Nous traiterons maintenant, dans l'ordre, des sujets suivants : quelques définitions de la culture; entraves à la formulation d'une politique culturelle canadienne; éléments d'une politique culturelle canadienne; éléments d'une politique canadienne en matière de télédiffusion, et conclusion.

QUELQUES DÉFINITIONS DE LA CULTURE

Il est fort probable que l'un des obstables à l'élaboration d'une politique culturelle vienne des significations très différentes qu'on attache à cette expression[3]. La plupart des Canadiens connaissent sans doute la notion de culture définie comme le mode de vie raffiné des classes supérieures de la société. Selon cette tradition aristocratique d'origine européenne, la culture se compose uniquement des habitudes sociales, des rites religieux, des traditions musicales et des goûts artistiques que les classes supérieures se sont transmis d'une génération à l'autre en Europe. Sur le plan musical, la culture comprendrait les oeuvres de Mozart, de Beethoven et d'autres compositeurs " classiques ", mais ne comprendrait pas le jazz, le rock, le " country and western ", les musiques de l'Extrême-Orient, d'Afrique ou d'Israël, ou encore divers genres de musique populaire.

En raison de la démocratisation des sociétés occidentales au XX^{e} siècle, de l'interdépendance croissante des nations et du développement des sciences sociales dans les universités, cette notion de culture s'est élargie jusqu'à englober les valeurs et les coutumes de toutes les couches sociales et, d'ailleurs, de tous les peuples. Parallèlement à l'idée que toutes les classes sociales autres que les classes supérieures, les adeptes d'une religion autre que le christianisme et les populations autres que de race blanche ont leur propre culture, progressait la notion que toutes les classes de la société et tous les peuples ont droit à leur identité et sont titulaires de tout autre droit politique.

Ce développement du pluralisme et l'acceptation croissante des autres cultures ont pu avoir pour effet de compliquer la tâche du gouvernement fédéral lorsqu'il s'est agi d'élaborer une politique culturelle canadienne précise. C'est surtout la science anthropologique qui a introduit la notion que la culture n'est pas un phénomène exclusivement européen; c'est la première discipline académique qui s'est intéressée aux cultures des sociétés autres qu'européennes, y compris de nombreuses sociétés tribales " primitives " d'Afrique et d'Asie. Pour les anthropologues, la culture est devenue un concept global, la quasi-totalité des comportements pouvant être étudiés du point de vue des valeurs et des croyances particulières à une culture. La culture est donc devenue, aux yeux des anthropologues, une démarche analytique, ou une approche scientifique permettant d'examiner tous les phénomènes sociaux.

Cette notion compréhensive de la culture se reflète dans les délibérations de l'UNESCO. Lors d'une importante table ronde sur la politique culturelle, cette organisation a refusé de définir la culture ou la politique culturelle et a plutôt déclaré ce qui suit :

> Il a été jugé préférable : a) d'entendre par " politique culturelle " un ensemble de pratiques sociales, conscientes et délibérées, d'interventions et de non-interventions ayant pour objet de satisfaire certains besoins culturels par l'emploi optimal de toutes les ressources matérielles et humaines dont une société donnée dispose au moment considéré; b) de préciser certains critères du développement culturel et de lier la culture à l'épanouissement de la personnalité et au développement économique et social.

Au cours de cette table ronde, on en est venu à lier en pratique développement culturel à l'instruction : " les programmes d'alphabétisation et de développement culturel forment un tout indivisible ".

On peut certainement accorder une certaine valeur scientifique à l'idée que la plupart des phénomènes sociaux, ou peut-être même la totalité d'entre eux, ont des incidences culturelles. En ce qui a trait à l'administration gouvernementale par exemple, on pourrait soutenir que le budget accordé à la défense reflète en partie les valeurs culturelles attribuées par une société donnée à l'activité militaire. De la même façon, on pourrait avancer que le traitement fiscal accordé par l'État aux enfants à charge témoigne de la valeur culturelle qu'attache une société donnée à l'éducation des enfants.

Ce concept global de culture ne pose pas des difficultés d'ordre scientifique mais pratique. Si l'on considère la quasi-totalité des activités gouvernementales comme culturelles, il devient alors difficile à l'État d'adopter une politique spécifiquement culturelle : si toute activité peut être culturelle, il se peut qu'aucune ne le soit exclusivement.

Une notion **intermédiaire** de la culture ne comprendrait que les activités gouvernementales ayant une incidence directe sur l'expression ou la transmission des valeurs et des croyances. Pareille notion de la culture comprendrait l'instruction, la religion et les communications de masse, ainsi que certaines activités culturelles plus traditionnelles comme la littérature, la musique et les arts visuels, tandis qu'une notion **plus étroite** de la culture, inspirée des coutumes aristocratiques et européennes, ne comprendrait que la littérature, la musique, le théâtre et les arts visuels d'un certain calibre.

D'un point de vue pratique, cette dernière conception de la culture présente un certain intérêt pour le gouvernement, mais son caractère élitiste constitue à la fois sa force et sa faiblesse. Il est sans doute vrai que l'aide apportée par l'État au théâtre, aux musées et aux arts visuels profite principalement aux classes sociales ayant une certaine instruction et un revenu moyen ou élevé. Il n'en reste pas moins que ces personnes jouent un rôle plus important que les autres dans le développement d'une culture et d'une identité nationales, ainsi que dans les organismes bénévoles régionaux et nationaux.

La notion intermédiaire de culture reste toutefois la plus intéressante du point de vue de son utilité pour l'État. Elle est assez restreinte pour être mise en oeuvre et elle est néanmoins suffisamment large pour permettre au gouvernement de tenir compte de l'effet d'un bon nombre de ses programmes sur les valeurs et les croyances. C'est cette notion de la culture que semble avoir adoptée le comité chargé de réviser la politique culturelle fédérale, présidé par MM. Louis Applebaum et Jacques Hébert :

> Par ailleurs, le Comité croit devoir circonscrire le champ d'étude de ses séances publiques, de ses recherches et de ses rapports. Il existe plusieurs domaines connexes qui, bien qu'ils fassent indéniablement partie de la culture, constituent en soi autant de vastes sujets d'étude. Pour ne pas nous égarer et conserver au présent examen des proportions raisonnables, nous les écarterons pour la plupart. Nous songeons par exemple aux sciences qui, bien sûr, font partie de la culture mais c'est tout un autre monde. Il en est de même pour les sports et les loisirs. Même observation pour l'éducation qui relève des autorités provinciales; mais la formation professionnelle des artistes n'en a pas moins pour autant des dimensions culturelles[5].

CERTAINS OBSTACLES À L'ÉLABORATION D'UNE POLITIQUE CULTURELLE CANADIENNE

La diversité des significations attribuées au concept de culture ne peut qu'entraver l'élaboration d'une politique culturelle dans de nombreux pays, mais il existe d'autres obstacles importants particuliers au Canada. Nous en étudierons brièvement quelques-uns, soit la faiblesse du symbolisme national; le caractère biculturel du peuple canadien et de l'administration fédérale; la tradition pragmatique du Canada anglais; les valeurs puritaines des protestants canadiens; et, enfin, la crainte des effets totalitaires de l'intervention gouvernementale dans le domaine culturel.

Il existe un genre de relation tautologique entre la force des symboles culturels nationaux et celle de la politique culturelle nationale. Les nations fières ont des gouvernements qui sont prêts à consacrer les ressources nécessaires à la célébration des réalisations nationales en érigeant des monuments, en construisant des musées et autres entreprises à caractère symbolique. Mais les pays qui ne se glorifient guère de leur héritage culturel ont des gouvernements peu enclins à louer des réalisations dont ils ne se flattent pas.

Selon une idée répandue, la culture canadienne manque de force et d'originalité si on la compare à d'autres sur le plan international. C'est précisément l'opinion exprimée dans une étude sur la politique culturelle canadienne, commandée par l'UNESCO :

> ... le Canada possède encore bien peu de ces signes particuliers qui caractérisent immédiatement d'autres cultures, ces symboles nationaux, monuments historiques, costumes populaires, cicatrices de guerre, plats typiques, personnages célèbres ou productions artisanales qui donnent aux peuples le sentiment de leur identité dans le concert des nations[6].

De nombreux Canadiens partagent cette vision peu reluisante de la culture canadienne et cette perception même constitue une partie importante de notre culture. Mais cette vision des choses ne décrit pas entièrement la réalité culturelle. La culture canadienne est ainsi perçue, partiellement en raison des descriptions exagérées — et parfois fictives — des cultures étrangères qui ne sont pas aussi uniques qu'on veut bien le dire. Cette perception de la culture canadienne repose également sur une certaine ignorance des nombreux attraits géographiques, des souvenirs de batailles, des costumes populaires et des spécialités culinaires que l'on retrouve en quantité hors des grands centres urbains. Enfin, la culture canadienne semble peu dynamique en raison des comparaisons inévitables avec les industries culturelles incroyablement productives et prospères des États-Unis.

Ce parallèle inéluctable entre les niveaux d'activité culturelle au Canada et aux États-Unis est particulièrement trompeur en raison de l'envergure et de la prospérité du marché culturel américain. La taille et la puissance de l'économie américaine expliquent en très grande partie la prééminence de l'industrie étatsunienne des loisirs sur les marchés mondiaux. On fait fausse route en jugeant la vitalité culturelle canadienne en regard des États-Unis. En matière de télédiffusion, par exemple, on souhaite augmenter la proportion des émissions canadiennes; dans le monde entier cependant, seuls trois grands pays produisent toute leur programmation : les États-Unis,

l'U.R.S.S. et le Japon[7]. Par conséquent, on ne devrait pas blâmer la culture canadienne si l'on ne réussit pas à faire progresser le contenu canadien des émissions, mais on devrait plutôt attribuer la situation à une politique gouvernementale élaborée dans un contexte économique difficile.

Le jugement porté sur la faiblesse de la culture canadienne n'est évidemment pas entièrement dénué de fondement. Les musées, l'industrie de l'édition et d'autres secteurs culturels ont toujours souffert de sous-développement en raison de l'appui insuffisant que leur ont accordé le gouvernement et les particuliers. Ainsi, dans un rapport préparé par la Museums Association of Great Britain, on soulignait que le gouvernement canadien prêtait son assistance aux Archives publiques, au Conseil des parcs nationaux et à d'autres organismes mais " ... qu'il dépensait moins pour l'ensemble des 125 institutions, qu'on ne dépense pour l'un des grands musées de Grande-Bretagne, d'Allemagne ou des États-Unis[8] ". Toutefois, nous ne soutenons pas ici que ces idées reçues sur la faiblesse culturelle sont tout à fait injustifiées, mais plutôt que la perception de cette atrophie culturelle contribue à retarder l'élaboration d'une politique en cette matière.

Cette stagnation au chapitre de la politique culturelle est également reliée à certaines caractéristiques politiques importantes du milieu canadien, et principalement au biculturalisme et au fédéralisme. Le Canada est l'un des rares pays composés de plus d'un groupe linguistique considérable qui ait pu survivre pendant longtemps. Moins nombreux encore sont les pays qui ont su élaborer une politique culturelle transcendant les limites internes qui séparent les " nations à l'intérieur de la nation ". Les Canadiens d'origine française et britannique partagent certains souvenirs historiques, mais ils ont aussi une perception très différente des événements comme la Conquête et des conflits intermittents qui ont surgi au sujet de problèmes d'éducation et de politique extérieure depuis la Confédération jusqu'à nos jours.

Le fédéralisme pose un problème de plus parce que l'on considère souvent que l'instruction et la culture sont étroitement liées. L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (AANB) stipule que l'éducation est essentiellement un domaine du ressort provincial, mais ne mentionne pas spécifiquement la culture. Le droit d'auteur relève du palier fédéral. Les derniers gouvernements du Québec ont déclaré que la culture constitue un champ de compétence provinciale en se fondant en partie sur le fait que l'enseignement, un domaine collatéral, relève de la juridiction provinciale, et qu'en outre l'on ne peut faire confiance qu'aux gouvernements du Québec pour protéger la culture francophone[9]. Nous étudions en détail les points de vue fédéral et provinciaux dans le chapitre suivant.

Un autre obstacle au développement d'une politique culturelle tient peut-être au pragmatisme canadien anglais, hérité de la tradition anglo-saxonne, qui a favorisé la création de programmes pratiques plutôt que la proclamation de grands principes. Ce contraste entre les traditions anglo-saxonne et européenne se reflète dans les attitudes des gouvernements du Québec et du Canada. La politique culturelle du gouvernement québécois est mieux documentée et ses principes directeurs plus clairement énoncés; cependant, les programmes culturels du gouvernement fédéral sont généralement plus anciens, mieux élaborés et plus substantiels que ceux du Québec[10].

Les valeurs puritaines des protestants anglophones constituent aussi un empêchement à l'élaboration d'une politique culturelle. Les premiers puritains associaient les arts visuels et le théâtre au péché, et cette attitude a persisté, du moins partiellement, bien après la fin du régime puritain. Bernard Ostry offre l'explication suivante : " ... cet antagonisme des puritains à l'égard des arts a été importé au Canada et pourrait fort bien constituer encore l'un des obstacles chroniques à l'aide que le gouvernement apporte aux arts[11] ".

Enfin, le développement de la politique culturelle canadienne a été entravé par la crainte qu'une intervention de l'État dans le domaine culturel ait certains relents totalitaires. Il existe au Canada une tradition bien établie voulant que le gouvernement ne doit pas s'immiscer dans les valeurs fondamentales de la société. Cette sensibilité exacerbée à l'égard de l'intervention du gouvernement dans le domaine culturel s'explique par le fait que de nombreuses crises sérieuses au Canada avaient trait à l'éducation, notamment la controverse sur les biens des Jésuites, le conflit des écoles du Manitoba, le " Règlement numéro 17 " de l'Ontario, et les récentes lignes directrices adoptées par le Québec au sujet de la langue d'enseignement[12].

ÉLÉMENTS D'UNE POLITIQUE CULTURELLE CANADIENNE

La dernière évaluation officielle de la politique culturelle fédérale dans les années 1949 à 1951 a été faite sous les auspices de la Commission royale d'enquête sur le développement national des arts, des lettres et des sciences (la Commission Massey-Lévesque). Nous avons assisté depuis lors à des bouleversements sociaux, économiques, politiques et culturels fondamentaux. Au nombre de ces changements, il faudrait citer la découverte de nouvelles techniques comme la télédistribution, la télédiffusion par satellite et les vidéodisques, les difficultés financières qu'éprouvent l'édition et les autres secteurs culturels traditionnels, l'intervention des gouvernements provinciaux dans les domaines de la culture et de la télédiffusion, le référendum du Québec, la concurrence active que livre le gouvernement

du Québec à celui du Canada pour son rôle primordial dans la défense culturelle de la langue française, l'importance accrue des provinces de l'Ouest au plan fiscal, et le nombre croissant de Canadiens d'origine autre qu'anglaise ou française.

Le comité de révision de la politique culturelle fédérale (le Comité Applebaum-Hébert) a été mis sur pied afin de réévaluer ces besoins culturels. Ses travaux aideront le gouvernement fédéral à rédiger un Livre blanc sur la politique culturelle devant être publié en 1982.

Avant même la publication de ce Livre blanc, cependant, il est possible de discerner certains principes fondamentaux sous-jacents aux programmes culturels fédéraux en étudiant les rapports Massey-Lévesque, la déclaration liminaire du Comité Applebaum-Hébert, diverses sources privées comme la Commission Symons mise sur pied par l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC), et en évaluant les résultats des programmes fédéraux[13]. On y retrouve en pratique certains thèmes récurrents.

Le principe premier de la politique culturelle du gouvernement fédéral semble être d'encourager les activités qui améliorent la perception culturelle et l'identité nationale des Canadiens. La plupart des gouvernements nationaux ont adopté le principe de favoriser l'activité culturelle nationale, mais, au Canada, il revêt un caractère d'urgence tout particulier en raison du grand nombre de produits culturels importés des États-Unis et de l'émergence de sentiments contradictoires aux niveaux national et régionaux au sein du pays. Selon le Comité Applebaum-Hébert, ce principe consiste à " ... aider les Canadiens à mieux se percevoir et se connaître[14] ". Cet appui accordé à l'expression culturelle canadienne se manifeste de diverses façons, notamment par les règlements du CRTC relatifs au contenu des émissions télédiffusées, et les exigences de résidence imposées par le Conseil des Arts et le Conseil de recherches en sciences humaines.

L'accent mis sur une culture de masse plutôt qu'une culture de type élitiste semble être le second principe caractérisant les programmes culturels canadiens, et que le Comité Applebaum-Hébert décrit ainsi : " ... donner au public un meilleur accès aux activités et aux oeuvres culturelles[15] ". Cette insistance sur la culture de masse se reflète dans la volonté marquée du gouvernement de s'immiscer dans le domaine de la télédiffusion, sans intervenir dans d'autres secteurs; il se traduit aussi par les sommes beaucoup plus élevées affectées à la Société Radio-Canada que celles que l'on consacre à des institutions qui sacrifient à l'élitisme, comme les Musées nationaux. Cependant, même les musées qui s'adressent ostensiblement à une certaine élite sont guidés par les principes de " démocratisation et de décentralisation " pour reprendre les termes de l'honorable Gérard Pelletier, alors qu'il était secrétaire d'État[16].

Le troisième réside dans l'augmentation des ressources financières mises à la disposition des producteurs culturels canadiens afin de leur permettre de concurrencer plus efficacement leurs homologues des États-Unis. On a présumé que la popularité des produits culturels américains sur le marché canadien vient de leur supériorité sur le plan technologique, et des économies d'échelle plus élevées que permet le marché intérieur américain. Pour reprendre les mots du Comité Applebaum-Hébert, ce principe signifie que l'on doit " consolider nos entreprises culturelles pour qu'elles puissent davantage contribuer à l'essor de notre vie culturelle[17] ". Il se traduit, en pratique, par diverses initiatives gouvernementales telles que le traitement fiscal favorable accordé aux films canadiens et à la publicité canadienne diffusée par les stations frontalières des États-Unis.

Le quatrième et dernier principe capital est celui de la liberté culturelle, c'est-à-dire, selon le Comité Applebaum-Hébert " ... favoriser l'expression créatrice et les choix culturels[19] ". Ce principe de liberté culturelle vise à accorder toute liberté de choix aux consommateurs et à rendre les artistes créateurs indépendants du bon vouloir des commanditaires. En pratique, dans la plupart des cas, les subventions gouvernementales dans le domaine culturel sont accordées aux artistes grâce à leurs pairs; elles sont virtuellement soustraites à l'influence du Cabinet et, en grande partie, exemptes de pressions bureaucratiques. Les lois fiscales canadiennes accordent un traitement favorable aux donations visant à favoriser la culture, offrant ainsi aux producteurs culturels d'autres options que l'aide gouvernementale. En outre, le rôle croissant des gouvernements provinciaux représente pour les artistes créateurs une source additionnelle d'aide financière, outre les agences gouvernementales fédérales, et leur fournit donc une protection supplémentaire contre l'arbitraire administratif.

ÉLÉMENTS D'UNE POLITIQUE CANADIENNE EN MATIÈRE DE TÉLÉDIFFUSION

Les principes fondamentaux qui guident la politique du Canada en matière de télédiffusion ressemblent fortement aux principes sous-jacents à la politique culturelle canadienne. La principale différence tient au fait que la politique de télédiffusion repose sur un ensemble plus élaboré, composé de la loi, des règlements et des décisions rendues par le CRTC, ainsi que des déclarations de principes faites par le ministre des Communications, le président du CRTC et d'autres porte-parole.

La **Loi sur la radiodiffusion** énonce clairement l'intention d'encourager l'expression culturelle au Canada :

> ... le système de la radiodiffusion devrait être possédé et contrôlé effectivement par des Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada.
>
> ... le service national de radiodiffusion devrait ... contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne[19].

Le même principe se retrouve dans les règlements du CRTC et dans les déclarations répétées des porte-parole de l'État. Le gouvernement fédéral exige que les entreprises de télédiffusion appartiennent à des Canadiens. Le CRTC est chargé de faire observer cet impératif; il oblige les télédiffuseurs tant publics que privés à respecter certains quota dans leur programmation, particulièrement durant les heures de grande écoute. L'actuel président du CRTC a répété combien il était impérieux d'augmenter le contenu canadien et a déclaré que les télédiffuseurs seront tenus de respecter leurs obligations en matière de programmation, sous peine de perdre leur licence[20]. Le ministre des Communications continue pour sa part à souligner l'importance du contenu canadien dans la programmation[21].

Le second principe de la politique culturelle, soit l'insistance sur la culture de masse et la télédiffusion, se reflète, naturellement, dans la télédiffusion commerciale telle qu'elle a évolué jusqu'à nos jours. Certains aspects de la politique en matière de télédiffusion démontrent cependant le souci de satisfaire aux besoins du grand public. Par conséquent, le CRTC a suspendu ses délibérations au sujet de la télévision payante jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'évaluer les besoins des Canadiens résidant dans des régions éloignées et qui n'ont pas le choix entre un grand nombre d'émissions. Il faudra donc combler les désirs fondamentaux de tous les Canadiens avant de s'occuper des exigences accessoires des résidants des régions urbaines[22].

Le troisième principe, soit le renforcement de la position économique des producteurs canadiens, se retrouve aussi dans divers aspects de la politique. Le gouvernement fédéral a mis fin au traitement favorable qui était accordé à la publicité achetée par les Canadiens auprès des stations frontalières des États-Unis, afin de limiter les pertes de revenus encourues par les télédiffuseurs canadiens des régions avoisinantes. Dans le même ordre d'idées, le CRTC a adopté la pratique de la substitution des émissions diffusées simultanément[23]. Au cours de ses délibérations menant à l'octroi de licences, le Conseil a pris soin de tenir compte des questions de viabilité économique en ce qui a trait à la création de nouvelles

stations de télédiffusion, ou aux changements de propriété. Le CRTC a pu constater l'effet favorable, sur l'industrie canadienne du disque, de sa politique relative au contenu canadien des émissions radiodiffusées. Au cours des derniers mois, le président du Conseil a suggéré un certain nombre de nouveaux moyens qui pourraient encourager la production d'émissions canadiennes[24].

Bien entendu, la politique de la télédiffusion tient également compte du quatrième principe sous-jacent à la politique culturelle : la liberté culturelle. La **Loi sur la radiodiffusion** stipule expressément que " ... le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter des émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté ". Or la **Loi sur le droit d'auteur** est l'une de ces lois. La **Loi sur la radiodiffusion** prévoit en outre que la programmation " ... devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public ...[25] ". Le CRTC s'est intéressé de près aux plaintes déposées contre les télédiffuseurs et s'est montré favorable à l'existence d'une concurrence entre télédiffuseurs sur les marchés plus importants. En exigeant des entreprises de télédistribution qu'elles consacrent une partie de leurs ressources à un canal communautaire local, le CRTC entendait augmenter la diversité des programmes offerts aux téléspectateurs[26]. Le Conseil s'est également préoccupé du préjudice que pourrait subir l'expression créative en raison de la concentration de la production d'émissions au sein des mêmes entreprises de télédiffusion, et a encouragé celles-ci à recourir aux producteurs indépendants, politique que suit maintenant la Société Radio-Canada.

Bien que les principes de la politique de télédiffusion ressemblent à ceux de la politique culturelle, cette dernière est moins élaborée. Ainsi, l'article 3 de la **Loi sur la radiodiffusion** énonce certaines prescriptions quant à l'organisation de la télédiffusion et énumère les obligations des titulaires de licences. Il stipule par exemple que les fréquences sont du domaine public et que les entreprises de télédiffusion constituent un système unique, comprenant les secteurs public et privé. La Loi prévoit également la constitution d'un organisme public indépendant chargé d'adopter la réglementation et de la faire observer.

CONCLUSION

Les propositions soumises dans le rapport Keyes-Brunet à l'effet d'adopter un droit de retransmission pour les émissions canadiennes découlent presque directement de trois principes sous-jacents à la politique en matière de culture et de télédiffusion, et peut-être même de quatre de ces principes.

Le premier principe, l'encouragement de l'expression culturelle nationale, n'est mis en oeuvre dans les propositions Keyes-Brunet qu'à l'égard des émissions canadiennes. Si le réseau de télédiffusion canadien n'était pas assujetti à la réglementation, la protection accordée aux émissions canadiennes pourrait inciter les télédistributeurs à ne pas retransmettre les émissions canadiennes en raison des coûts supplémentaires qu'implique un droit d'auteur sur ces émissions. Mais le choix des canaux retransmis par câble est assujetti aux règlements; bien administrées, des recettes plus élevées pour la production d'émissions canadiennes auraient pour effet d'améliorer la qualité et/ou la quantité de ces émissions. On traitera dans un autre chapitre de l'administration et de la structure des paiements de droits d'auteur.

Le deuxième, qui met l'accent sur une culture de masse et la télédiffusion en particulier, constitue la toile de fond de l'étude de ce droit de retransmission. Si la télédiffusion doit conserver son rôle fondamental traditionnel dans le cadre de la politique culturelle, il faudrait alors étudier de très près ce problème de l'adoption d'un droit de retransmission.

Le troisième principe suit essentiellement la même logique, car il vise à améliorer la situation économique des artistes, des créateurs et des producteurs canadiens afin qu'ils puissent livrer une meilleure concurrence sur les marchés canadiens et étrangers. S'il était adéquatement structuré et administré, un droit de rediffusion pour les émissions canadiennes permettrait d'atteindre cet objectif.

Le quatrième principe a trait à la liberté d'expression culturelle. En assortissant les émissions canadiennes d'un droit d'auteur, on contribuerait au principe de la liberté d'expression culturelle dans la mesure où ces droits assureraient un revenu plus élevé aux artistes, aux créateurs et aux producteurs indépendants, ce qui va dans le sens de la politique du CRTC visant à encourager la production d'émissions indépendantes. Nous étudierons au chapitre 7 les autres mécanismes permettant éventuellement de redistribuer les revenus perçus en vertu du droit de retransmission.

En résumé, les propositions contenues dans le rapport Keyes-Brunet sont compatibles avec les principes fondamentaux des politiques canadiennes en matière de culture et de télédiffusion. Mais ces recommandations ne constituent pas le seul droit d'auteur proposé, et le droit d'auteur n'est pas le seul mécanisme permettant de contribuer aux objectifs du gouvernement fédéral en matière de culture et de télédiffusion. D'autres mécanismes sont étudiés au chapitre 9 intitulé **Solutions de rechange.**

NOTES

1. Les agences culturelles semi-indépendantes sont passées en même temps de l'autorité du Secrétariat d'État à celle du ministère des Communications. Pour une étude de certaines difficultés rencontrées par le Secrétariat d'État et sa Direction des arts et de la culture dans la coordination de la politique culturelle fédérale, voir Bernard Ostry, **The Cultural Connection: An Essay on Culture and Government Policy in Canada** (Toronto, McClelland and Stewart, 1978), passim, et Conrad Winn, "Department of the Secretary of State - Potpourri or Cultural Mandate" dans G. Bruce Doern, éd., **Spending Tax Dollars: Federal Expenditures, 1980-81** (Ottawa, Carleton School of Public Administration, 1980).

2. Dans un discours prononcé devant des télédistributeurs, le président du CRTC s'est demandé " ... quelle est la réaction des producteurs américains dont vous importez les produits dans les foyers canadiens, lorsqu'ils voient des sommes d'argent sortir de leur fonds du droit d'auteur et s'acheminer vers le nord, alors qu'ils ne peuvent s'attendre à recevoir un dédommagement semblable. Cela veut pas dire que nous devions singer la législation américaine. Il est possible qu'elle ne convienne pas dans le contexte canadien ". Extrait d'une allocution de M. John Meisel, devant l'Association canadienne de télévision par câble, Vancouver, 28 mai 1980.

3. Voir Hebert J. Gans, **Popular Culture and High Culture** (New York, Basic Books, 1975); Francis Jeanson, **L'action culturelle dans la cité** (Paris, Éditions du Seuil, 1973); Maurice Lebel, " La culture et l'humanisme de notre âge de transition ", **Revue de l'Université d'Ottawa** (octobre/décembre, 1976); Louis Schneider et Charles Bonjean, éd., **The Idea of Culture in**

the Social Sciences (Cambridge, 1973); J. Ben-David et Terry Nichols Clark, éd., **Culture and Its Creators: Essays in Honor of Edwards Shils** (Chicago, University of Chicago Press, 1977); et John Meisel, "Political Culture and the Politics of Culture", **Canadian Journal of Political Science** (décembre 1974).

4. UNESCO, **Réflexions préalables sur les politiques culturelles** (Paris, 1969), p. 9. Voir également la description globale donnée par Bernard Ostry dans **Cultural Connection**, p. 1 : (La culture) " ... c'est ce que nous faisons et la raison pour laquelle nous la faisons, ce que nous désirons et pourquoi nous l'imaginons, ce que nous percevons et comment nous l'exprimons, la façon dont nous vivons et nous envisageons la mort. C'est notre environnement et nos modes d'adaptation à celui-ci ... C'est notre milieu ambiant ".

5. Comité d'étude de la politique culturelle fédérale, **Parlons de notre culture : Guide de discussion** (Ottawa 1980) p. 5.

6. D. Paul Schafer, **Aspects de la politique culturelle canadienne** (Paris, UNESCO, 1976), p. 11.

7. Voir Ithiel de Sola Pool, "Direct Broadcast Satellites and the Integrity of National Cultures" dans Kaarle Nordenstreng et Herbert I. Schiller, éd., **National Sovereignty and International Communication: A Reader** (Norwood, (N.J.), Ablex, 1979).

8. Voir Archie F. Key, **Beyond Four Walls** (Toronto, McClelland and Stewart, 1973), p. 166. On avance souvent que la mainmise étrangère sur l'économie canadienne a réduit le rôle des dons privés et a donc retardé le développement de la culture canadienne. Sur le rôle énorme de l'aide privée accordée à la culture américaine, voir Charles C. Mark, **La politique culturelle aux États-Unis** (Paris, UNESCO, 1969) pp. 43 ss.

9. Voir, Le ministre d'État au développement culturel, **La Politique québécoise du développement culturel**, 2 vol. (Québec, Éditeur officiel, 1978); ministère des communications, **Vers une politique québécoise en matière de communication**, (Québec, Éditeur officiel, 1971); **Le Québec maître d'oeuvre de la politique des communications sur son territoire** (Québec, Éditeur officiel, 1973, réimpression en 1980); ainsi que le discours d'ouverture de l'honorable Clément Richard, ministre des Communications du Québec, lors de la conférence des ministres des Communications à Vancouver, les 26 et 27 novembre 1980.

10. Pour certaines données comparatives sur les dépenses fédérales et provinciales, voir Ostry, **Cultural Connection**, p. 15.

11. **Ibid.**, p. 28. Par ailleurs, Charles C. Mark fait les observations suivantes au sujet des conséquences du protestantisme puritain sur la culture américaine au XIX^{e} siècle : " Dans les années 1870-1880, les dirigeants des Églises baptiste, méthodiste et presbytérienne se demandaient encore si les distractions familiales étaient convenables, pour ne pas parler du théâtre, de la danse ou des spectacles populaires. En 1872, la Convention épiscopale méthodiste adoptait à la majorité de ses membres une liste des " amusements " interdits à tous les méthodistes; cette liste comprenait toute les formes d'art. " **op. cit.**, p. 15.

12. Dans son éditorial du 2 juin 1951 au sujet de la Commission Massey, le Winnipeg Free Press exprimait certaines de ses inquiétudes au sujet des conséquences totalitaires d'une intervention de l'État. On trouvera une étude de ce clivage biculturel du Canada dans le chapitre 4 de **Political Parties in Canada** (Toronto, McGraw Hill Ryerson, 1976), par Conrad Winn et John McMenemy.

13. T.H.B. Symons, **To Know Ourselves: The Report of the Commission on Canadian Studies**, vol. I et II (Ottawa, Association des universités et collèges du Canada, 1975). Sur la culture scientifique au Canada, voir le rapport du Comité spécial du Sénat sur la politique scientifique, **Une politique scientifique pour le Canada** (connue sous le nom de Rapport Lamontagne), ainsi que J.J. Brown, **Ideas in Exile** (Toronto, 1967).

14. **Parlons de notre culture**, p. 4

15. **Ibid.**

16. Voir Ostry, **Cultural Connection**, pp. XIII et 57. On pourrait à juste titre nier que les pratiques fédérales ont favorisé la culture de masse, ou que le service national de télédiffusion (la Société Radio-Canada) s'adresse exclusivement à la masse. Cependant, le gouvernement fédéral a clairement mis l'accent sur la télédiffusion dès sa création. Cette place prépondérante de la télédiffusion dans les priorités culturelles constitue un élément important des conclusions retenues dans ce chapitre.

17. **Parlons de notre culture**, p. 4

18. **Ibid.**

19. **Loi sur la radiodiffusion**, 1967-68, chap. 25, A. 1, partie I, 3b) et g) (iv).

20. Voir l'entrevue accordée par M. John Meisel au **Globe and Mail**, le 30 décembre 1980.

21. Voir le discours prononcé par l'honorable Francis Fox, ministre des Communications, **Programmation et identité nationales : le défi du changement**, devant la Ligue de radiodiffusion canadienne, Ottawa, 6 octobre 1980.

22. Voir la note 20.

23. Voir CRTC, **La télévision par câble : Révision de certains aspects des services de programmation**, Ottawa, 26 mars 1979, p. 7.

24. Voir John Meisel, " Les cinq étapes de la survivance ", allocution prononcée à l'Université York, Conférence sur les communications et le nationalisme canadien, Toronto, 10 avril 1981.

25. **Loi sur la radiodiffusion**, art. 3(c).

26. Voir CRTC, **Règlement sur la télévision par câble** et **Lignes directrices concernant les entreprises de réception de radiodiffusion** (télévision par câble), Ottawa, 16 décembre 1975.

CHAPITRE 6

Le droit d'auteur, les relations fédérales-provinciales et les relations internationales

par Conrad Winn

INTRODUCTION

Dans ce chapitre, nous examinons les relations fédérales-provinciales et les relations extérieures dans la perspective d'une révision du droit d'auteur en matière de télédistribution. Ni l'adoption d'un droit de retransmission pour les émissions ni la création d'un mécanisme analogue ne devraient avoir d'incidences sur les relations fédérales-provinciales ou les relations internationales. Dans la première de ces hypothèses cependant, il faut se souvenir que le gouvernement fédéral a entière compétence sur les droits d'auteur. L'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (AANB) stipule que " l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les questions tombant dans les catégories de sujets ci-après énumérés ", dont les droits d'auteur au paragraphe 23[1].

Aucune disposition constitutionnelle n'oblige le gouvernement fédéral à consulter les provinces en matière de droit d'auteur, pas plus qu'il n'existe de jurisprudence encourageant des consultations fédérales-provinciales sur ce sujet. Étant donné qu'un droit de retransmission relèverait du domaine de la télédiffusion, le gouvernement fédéral ne serait pas limité dans ses initiatives parce que la télédiffusion fait aussi partie de ses compétences.

Bien que le gouvernement fédéral ne soit pas tenu de solliciter l'avis des gouvernements provinciaux ou de se rendre à leurs désirs, il peut néanmoins s'avérer utile de prendre en considération les avantages et les inconvénients d'une consultation inter-gouvernementale. Le gouvernement fédéral pourrait en théorie aligner son attitude en cette matière sur sa politique générale de consultation des administrations provinciales dans les domaines qui relèvent exclusivement de lui. D'un

point de vue plus pratique, cependant, il pourrait se demander dans quelle mesure une consultation des provinces au sujet de la télédistribution s'inscrit dans le cadre de ses orientations futures au sujet de la répartition des pouvoirs au chapitre des communications. La décision de faire participer les provinces à la détermination des droits d'auteur en matière de télédistribution pourrait aussi dépendre de la possibilité de conciliation des intérêts fédéraux et provinciaux, et d'une évaluation de l'importance relative de ces droits par rapport à d'autres questions, dans l'esprit des gouvernements provinciaux.

On doit également tenir compte à cet égard de l'urgence des réformes qui s'imposent dans la **Loi sur le droit d'auteur.** La modernisation de cette loi constitue une priorité impérative compte tenu des bouleversements technologiques qui se produisent dans les industries de la culture et de l'information.

L'adoption d'un droit de retransmission pour les émissions a les mêmes conséquences en matière de relations extérieures que sur le plan des relations fédérales-provinciales. Les autres pays n'auraient pas de recours juridiques si le Canada en venait à adopter un droit de retransmission, pour la bonne raison qu'il n'est lié par aucun traité relatif à sa politique à ce sujet. Comme le rapport Keyes-Brunet l'a bien fait remarquer, le Canada est seulement tenu d'accorder une protection spécifique à certaines oeuvres désignées dans le texte de Rome (1928) de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, et non aux oeuvres énumérées dans les textes ultérieurs que le Canada n'a pas ratifiés. Il n'est donc pas obligé d'accorder une protection juridique aux émissions télédiffusées, aux enregistrements sonores, aux représentations et autres manifestations artistiques. Le rapport Keyes-Brunet conclut :

> Ceci permet d'établir dans la loi interne du droit d'auteur une distinction entre ce qui fait l'objet des conventions et ce qui ne le fait pas, comme cela a été fait au Royaume-Uni et en Australie. Si l'on estime souhaitable d'accorder une protection à des oeuvres sur lesquelles ne portent pas les conventions, cette protection peut soit se limiter à des intérêts canadiens, soit s'étendre à d'autres pays à charge de réciprocité sur un plan bilatéral[2].

Ce principe juridique d'une entière liberté du Canada au chapitre des droits de retransmission doit cependant être nuancé en fonction de la réalité politique : si le Canada n'adoptait pas une politique uniforme en la matière, il pourrait s'attirer diverses réactions de la part des gouvernements étrangers et, partant, sa politique extérieure pourrait en souffrir. Sur le plan théorique, le gouvernement fédéral pourrait se demander dans quelle mesure une telle

politique irait à l'encontre de son attitude traditionnelle, laquelle consiste à encourager l'observation de règles de conduite équitables pour faciliter le règlement pacifique des litiges internationaux. D'un point de vue plus concret, le gouvernement fédéral pourrait évaluer la conformité de cette politique au regard des objectifs du Canada, qui désire abaisser les barrières au commerce international. Le Canada et les autres pays qui participent activement aux négociations du GATT estiment qu'en abaissant les barrières commerciales, on en arrivera à une meilleure efficacité économique grâce à la spécialisation internationale et l'on préviendra également les guerres grâce à l'interdépendance économique.

Sur le plan pratique, le gouvernement fédéral pourrait examiner sa politique générale relative à ses obligations internationales en matière de droit d'auteur. Il pourrait également tenir compte des réactions possibles des États-Unis aux options qui s'offrent en matière de retransmission, et envisager les moyens d'y faire face. Les réactions des États-Unis sont particulièrement importantes pour le Canada parce que la nouvelle Loi américaine sur le droit d'auteur prévoit la protection des oeuvres assorties d'un droit d'auteur dans les émissions télédiffusées, y compris certaines émissions canadiennes. Les télédistributeurs américains ont déjà commencé à verser des droits pour rediffuser ces émissions, et les redevances payées à la Société Radio-Canada en vertu de cette loi se montent à près de 60 000 $ pour les six premiers mois de l'application de la loi. Compte tenu de la politique de retransmission qu'il vient d'adopter, le gouvernement américain pourrait s'attendre à une certaine réciprocité de la part du Canada[4].

Mis à part leurs effets bilatéraux sur la politique extérieure, les pratiques américaines en matière de droit d'auteur présentent en soi un certain intérêt pour les responsables de la politique canadienne, puisqu'elles constituent un modèle éventuel à imiter ou à éviter. Tout comme les expériences d'indépendance politique et de fédéralisme de nos voisins du Sud ont influencé les Pères de la Confédération, l'expérience qu'ont connue les Américains dans le cadre de leur nouvelle politique de retransmission servira sans doute aux décideurs canadiens chargés d'élaborer les principes directeurs en cette matière.

Dans le présent chapitre, nous étudions certaines conséquences de la nouvelle loi américaine sur le droit d'auteur pour les relations entre le Canada et les États-Unis. Les leçons que l'on peut tirer de l'expérience américaine sur le plan national sont surtout étudiées au chapitre 7, consacré aux **questions d'ordre administratif et réglementaire.** Ces domaines ont également des répercussions sur la politique extérieure, dans la mesure où les détails administratifs du système de droit d'auteur des États-Unis accordent au Canada un traitement favorable ou défavorable à ses intérêts.

Dans les sections qui suivent, nous traiterons de la stratégie fédérale dans le cadre des relations fédérales-provinciales, de la position des provinces quant au droit d'auteur en matière de télédistribution, des intérêts du Canada et des principes multilatéraux, ainsi que des intérêts Canadiens et des réalités bilatérales.

STRATÉGIE FÉDÉRALE EN MATIÈRE DE RELATIONS FÉDÉRALES-PROVINCIALES

Plus une organisation grandit, plus elle devient difficile à coordonner et le gouvernement fédéral ne fait pas exception. En pratique, lorsqu'un ministère décide de consulter les gouvernements provinciaux sur un sujet quelconque, cette décision dépend plus des circonstances particulières à l'affaire et de l'attitude du ministre responsable et de ses fonctionnaires que des grands principes censés orienter les relations fédérales-provinciales. Cependant, la décision de solliciter l'avis des provinces, ou de se rendre à leurs désirs, devrait en principe refléter la politique fédérale quant aux relations entre les deux paliers de gouvernement.

Les gouvernements provinciaux ont souvent critiqué les lignes de conduite fédérales qui, à leur avis, ne tiennent pas compte des différences régionales ou des divers objectifs économiques et sociaux des administrations provinciales. Les dirigeants provinciaux se sont parfois plaints d'avoir appris par les journaux la création d'un nouveau programme fédéral ayant de sérieuses conséquences pour les budgets et les programmes de leurs propres gouvernements[5]. Un certain nombre de provinces ont condamné ce qu'elles considèrent comme des interventions inconstitutionnelles dans les domaines de compétence provinciale, des " intrusions ", pour reprendre l'expression à la mode. Selon un point de vue exprimé par une province, il y aurait beaucoup moins de litiges entre les provinces et le fédéral si celui-ci limitait le plus possible ses instrusions et si les rôles des gouvernements fédéral et provinciaux étaient clarifiés.

Ce problème des intrusions a été largement traité dans les rapports annuels du Groupe de travail des premiers ministres des provinces de l'Ouest. Ainsi, dans son rapport de 1979, le Groupe de travail s'est penché de façon approfondie sur 57 de ces intrusions, y compris certains aspects de la **Loi des banques** de 1977, l'éducation, la culture, les communications et la loi référendaire. Dans un tableau résumant la situation, chacune de ces intrusions apparentes était classifiée dans l'une des quatre catégories suivantes : " réglée ", " acceptable pour l'instant ", " poursuite des consultations ", et " désaccord fondamental "[6]. Sept des huit sujets classés sous la rubrique " Habitation, affaires urbaines et utilisation des terres " ont été réglés à la satisfaction des parties. Comme le mentionnait

le rapport sur la politique relative à l'utilisation des terres, " ... le changement de ministre d'État aux Affaires urbaines devrait entraîner une attitude moins agressive de la part du gouvernement fédéral en matière de développement des terres urbaines[7] ". Les sept problèmes dénombrés sur le plan des communications devaient apparemment continuer à faire l'objet de consultations.

Les premiers ministres des provinces de l'Ouest n'ont pas publié de rapport en 1980, en partie parce qu'il était devenu moins urgent d'éliminer ces intrusions, un bon nombre d'entre elles ayant déjà été réglées au cours d'entretiens entre le gouvernement fédéral et les provinces. Dans un document capital sur le fédéralisme publié en 1978, **Le temps d'agir**, le gouvernement fédéral s'est engagé à travailler avec les provinces afin :

> d'éliminer le chevauchement inutile des lois, règlements, politiques, programmes ou services et, de façon générale, rendre moins coûteuse la prestation des services gouvernementaux[8].

Le Bureau des relations fédérales-provinciales a alors mis sur pied un Groupe de travail chargé d'étudier ce problème du chevauchement.

Le gouvernement fédéral a partiellement adopté le point de vue provincial à l'effet que son rôle et celui des provinces devraient être clarifiés. S'il acceptait intégralement cette approche, il se pourrait que les provinces ne soient pas consultées sur la question du droit d'auteur en matière de télédistribution, puisqu'elle relève exclusivement de la compétence fédérale.

Cependant, Ottawa avait de bonnes raisons de ne pas accepter intégralement cette thèse. L'AANB donne des pouvoirs exclusifs en certains domaines à un palier de gouvernement ou à l'autre, mais dans la réalité, ces pouvoirs manifestement exclusifs peuvent empiéter considérablement sur les programmes de l'autre niveau de gouvernement. Par conséquent, le gouvernement fédéral s'est dit généralement disposé à consulter les gouvernements provinciaux sur les orientations politiques qu'il envisageait d'adopter, et même dans certains cas, sur des sujets de compétence fédérale exclusive. Dans **Le temps d'agir**, Ottawa proposait :

> Que les mesures voulues soient prises pour que le Gouvernement fédéral tienne pleinement compte des responsabilités constitutionnelles et des priorités des gouvernements provinciaux. On y parviendra notamment en consultant les provinces au moment de la préparation d'un projet de loi, de la formulation

> d'une politique ou de la conception d'un programme qui se rattache à un domaine où les responsabilités sont partagées, ou qui pourrait avoir des répercussions considérables (financières ou autres) sur un secteur ou un programme de compétence provinciale[9].

Si l'on estimait que la loi sur le droit d'auteur pourrait avoir des conséquences importantes pour les activités provinciales, il conviendrait alors de consulter les provinces sur ce sujet. Bien que le droit d'auteur et la télédiffusion relèvent du gouvernement fédéral, le droit d'auteur peut avoir une certaine incidence pour les politiques culturelles provinciales. La question des droits d'auteur peut présenter un intérêt pour les provinces qui s'efforcent d'encourager une activité culturelle qui leur soit propre, et pour celles qui exploitent des compagnies de téléphone ou des entreprises de télédistribution.

Il pourrait aussi être bon que le gouvernement fédéral consulte les provinces, si l'on s'en tient à ses déclarations de 1980, alors qu'il exprimait sa volonté de satisfaire aux désirs de certaines provinces en ce qui a trait au transfert de pouvoir dans le domaine des communications. À la conférence des premiers ministres en septembre 1980, le Premier ministre canadien a offert aux provinces de partager la responsabilité en matière de télédistribution. Il a proposé en particulier :

> ... de transférer aux provinces le pouvoir de déterminer les zones de franchise et d'émettre les permis; de fixer les tarifs; d'autoriser et de réglementer la télévision communautaire, éducative et la télévision payante dans les provinces, ainsi que la publicité connexe; de réglementer l'utilisation du câble interactif à des fins commerciales et pour l'accès aux banques de données; et d'autoriser et réglementer les services d'alarme pour les incendies ou les vols, ainsi que les autres services de sécurité[10].

En vertu de cette proposition, le gouvernement fédéral conserverait apparemment le contrôle des réseaux de télévision, de la télédiffusion par satellite et des entreprises de télédistribution interprovinciales. En outre, le Parlement déterminerait les caractéristiques fondamentales du service offert par les télédistributeurs à l'échelle nationale. Même si les provinces obtenaient en fin de compte un pouvoir beaucoup moindre que ce qu'avait proposé le Premier ministre à l'automne 1980, elles joueraient tout de même un rôle important en matière de télédistribution.

POINTS DE VUE PROVINCIAUX SUR LE DROIT D'AUTEUR EN MATIÈRE DE TÉLÉDISTRIBUTION

La consultation des provinces ne serait pas opportune dans les cas où elles contesteraient unanimement une démarche envisagée par le gouvernement fédéral. Si les provinces lui opposaient ainsi un front commun, le gouvernement fédéral n'aurait pas intérêt à intensifier ses relations avec les gouvernements provinciaux. D'ailleurs, les intérêts du pays tout entier ne seraient pas bien servis par un accroissement des relations intergouvernementales dans les cas où les deux paliers de gouvernement ont des points de vue irréconciliables.

Cette consultation pourrait cependant être utile lorsque les points de vue provinciaux sont divergents ou incomplets. À l'évidence, le gouvernement fédéral aurait ainsi l'avantage, entre autres, de connaître des options ou des approches ignorées au cours de ses propres délibérations. Lorsque les provinces sont divisées, les responsables fédéraux peuvent essayer d'atténuer l'insatisfaction de leurs homologues provinciaux à l'égard de la politique fédérale, en leur démontrant qu'elle tente dans une certaine mesure de réconcilier les divergences de vues entre les provinces. Lorsque les points de vue exprimés par les provinces sont incomplets, le gouvernement fédéral peut alors encourager la consultation pour stimuler leur intérêt et leur coopération dans ce domaine particulier.

Les positions provinciales sur le droit d'auteur en matière de télédistribution sont généralement divergentes et incomplètes. La majorité des gouvernements provinciaux que nous vous avons consultés ont déclaré ne pas avoir encore adopté de position. Deux provinces étaient cependant fixées à cet égard : le Manitoba et le Québec. Le Manitoba s'oppose apparemment à l'adoption d'un droit de retransmission, en partie parce qu'il estime que les télédistributeurs ne causent pas obligatoirement de préjudice aux diffuseurs, et aussi parce qu'il est d'avis qu'il existe d'autres moyens que le droit d'auteur pour atteindre les objectifs de la télédiffusion (l'augmentation du contenu canadien, par exemple[11]).

Il semble que le gouvernement du Québec n'ait pas exprimé de point de vue officiel sur les droits de retransmission, mais sa prise de position en faveur des droits des auteurs et des créateurs donne à penser que cette province accueillerait favorablement l'institution d'un mécanisme de licence obligatoire, ou toute autre disposition en matière de droit d'auteur visant à améliorer la situation financière et le statut des créateurs d'émissions québécoises. Au cours des derniers mois, le gouvernement du Québec a vertement critiqué la politique canadienne en matière de droit d'auteur, en accusant le gouvernement fédéral de ne pas corriger de graves lacunes quant à la potection des droits d'auteur et de faire peu de cas de la nécessité d'appuyer les

activités culturelles[12]. Pour reprendre les termes du ministre québécois du Développement culturel et scientifique, la culture et les droits d'auteur sont des sujets importants parce que " ... une société qui se respecte et aspire au respect doit accorder leur juste part à ses créateurs[13] ".

Dans son attaque de la politique fédérale, le Québec ne condamne pas seulement l'inaction du gouvernement, mais aussi son approche philosophique :

> Jusqu'ici, les droits des uns et des autres se sont trop exprimés en terme de conflit, comme si le respect des uns conduisait fatalement au mépris des autres. La réalité à saisir et à faire comprendre est tout autre. Il est avantageux pour la collectivité et pour la démocratie culturelle que les créateurs soient bien traités. " Droit d'auteur " et " démocratie " ne sont pas des concepts contradictoires[14].

Cette déclaration ne fait pas mention d'un droit de retransmission, mais elle appuie fortement l'instauration de divers droits moraux et financiers pour les créateurs. On s'y prononce clairement en faveur d'un genre de licence obligatoire pour la photocopie de documents, et le gouvernement a lui-même déjà commencé à mettre en vigueur un droit de représentation en faveur des artistes. Les points de vue exprimés et les actions entreprises par le gouvernement du Québec laissent deviner une philosophie en matière de droit d'auteur favorable à l'adoption d'un droit de retransmission.

Le Québec n'est pas le chef de file des onze gouvernements fédéral et provinciaux en ce qui a trait à l'appui financier accordé aux activités culturelles. Les programmes du gouvernement fédéral sont supérieurs en ce qui a trait à l'élaboration et au financement et ceux de l'Ontario soutiennent la comparaison. Cependant, les déclarations publiques du gouvernement du Québec révèlent une grande sensibilité à l'importance des activités culturelles pour l'identité, la fierté et l'affirmation collectives. Les gouvernements qui se sont succédés au Québec ont toujours été pénétrés de l'atout que représentent l'identité et l'affirmation collectives pour leurs relations extérieures. En revanche, les provinces anglophones et le gouvernement fédéral ont eu tendance à considérer la culture comme un élément auxiliaire ou superflu plutôt qu'un facteur essentiel de l'action collective en matière économique et politique[15]. Une consultation fédérale-provinciale pourrait susciter un échange de points de vue fructueux sur les grands objectifs que l'on pourrait attribuer au droit d'auteur.

LES INTÉRÊTS DU CANADA ET LES PRINCIPES MULTILATÉRAUX

En cette ère post-freudienne, il vaut peut-être mieux ne plus tenter de faire une nette distinction entre l'intention consciente et l'action inconsciente. Dans le même ordre d'idées, il pourrait bien s'avérer irréaliste de faire la différence entre l'intérêt personnel et l'altruisme. Lorsque les États-nations sacrifient à court terme certains de leurs intérêts afin d'observer des règles internationales de conduite, on dit couramment qu'il s'agit d'altruisme. Mais on pourrait aussi interpréter ce respect des codes internationaux comme la manifestation de la recherche d'un intérêt à long terme. À l'âge nucléaire, les nations ont avantage à ce que l'ordre règne, les conséquences possibles du désordre étant beaucoup trop dramatiques.

La politique extérieure canadienne a traditionnellement été marquée par une préoccupation à l'égard des intérêts à long terme du pays, ce qui entraîne une prise de position sur l'ordre international que des personnes envisageant les situations à court terme pourraient considérer purement altruiste. Cet engagement du Canada s'est concrétisé à de nombreuses reprises : son entrée dans la Deuxième Guerre mondiale au début du conflit, la décision de ne pas devenir une puissance nucléaire, sa participation aux forces internationales chargées du maintien de la paix, son appui à l'aide multilatérale au développement, les réserves exprimées au sujet de l'intervention américaine au Vietnam, son appui à l'existence de l'État d'Israël, son opposition à la ségrégation raciale en Afrique du Sud, ainsi que la normalisation des relations avec la République populaire de Chine.

La politique canadienne sur le droit d'auteur constitue donc un mélange de considérations à court et à long termes. On pourrait soutenir à juste titre que la signature par le Canada du texte de Rome de la Convention de Berne a porté préjudice, à court terme, aux intérêts nationaux. Étant donné l'énorme quantité d'oeuvres protégées par droit d'auteur importées par le Canada, celui-ci n'a pas d'intérêt économique immédiat à contracter à cet égard des obligations sur le plan international. Depuis l'importante déclaration faite par le Conseil économique du Canada à ce sujet, le Canada a pris pour habitude d'exercer une certaine prudence lorsqu'il s'agissait d'augmenter ses obligations juridiques internationales en ce qui a trait à la protection des droits d'auteur[16].

Le rapport Keyes-Brunet proposait que seules les émissions canadiennes soient protégées; cette recommandation entraînerait le versement de recettes supplémentaires résultant de la vente des émissions canadiennes, sans pour cela nuire à la balance des paiements du Canada en matière de droits d'auteur. D'un point de vue multilatéral, il est important d'étudier si la proposition Keyes-Brunet est conforme aux obligations internationales du Canada, à ses

obligations en vertu du GATT, ainsi qu'à sa prise de position traditionnelle en faveur d'un développement harmonieux des relations dans la communauté mondiale.

Lorsque **Le droit d'auteur au Canada** a été publié en 1977, la distinction faite par Keyes et Brunet entre les oeuvres protégées par la convention et les autres a créé certains remous. Avant 1977, l'importance pratique éventuelle de cette distinction ne semblait pas avoir été appréciée à sa juste valeur par tous ceux qui s'intéressaient à l'élaboration d'une politique canadienne sur le droit d'auteur. Cette distinction est maintenant acceptée quasi unanimement, ayant reçu l'approbation de l'Association du Barreau canadien et de spécialistes étrangers[17]. Le gouvernement fédéral peut protéger par droit d'auteur les émissions canadiennes et les autres produits culturels canadiens qui ne sont pas visés par les conventions sur le droit d'auteur que le Canada a ratifiées.

La politique sur le droit de retransmission du Canada ne doit pas seulement tenir compte des impératifs que lui imposent les traités sur le droit d'auteur, mais aussi des obligations générales qui lui incombent en vertu des traités de nature économique. Les accords du GATT dont l'objet fondamental consiste à réduire les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce, constituent les plus importants principes régissant le commerce international. En vertu de l'article 1 de l'Entente générale, " Traitement général de la nation la plus favorisée ", tous les membres du GATT doivent être traités sur un pied d'égalité. Un grand nombre d'articles de l'Accord interdisent spécifiquement certains obstacles aux importations, ou énoncent les recours mis à la disposition des pays dont l'économie a subi un préjudice en raison d'une conduite prohibée par les règlements du GATT.

Les pays membres ne peuvent empêcher les importations au moyen de taxes et de règlements internes (article III), de frais de transit discriminatoires (article V), de méthodes d'évaluation douanières fondées sur des considérations non économiques (article VII), de quota et de permis (article XI), et de subsides accordés aux produits domestiques (article XVI). D'autres articles de l'Accord prévoient les divers recours qui peuvent être intentés contre les pays contrevenants, y compris une suspension des avantages accordés en vertu du GATT.

En suggérant l'adoption d'un droit de retransmission pour les émissions canadiennes uniquement, le rapport Keyes-Brunet fait par définition une distinction entre les émissions canadiennes et les émissions étrangères. Un pays étranger concerné, en pratique les États-Unis, pourrait essayer d'utiliser les principes du GATT pour s'opposer à une politique analogue à celle proposée par le rapport Keyes-Brunet. Mais cet accord général n'est pas très utile aux opposants à la proposition Keyes-Brunet puisqu'il prévoit certaines

exceptions importantes en matière de produits culturels. L'article III:10 prévoit que " ... cet article n'empêchera pas une partie contractante d'adopter ou de maintenir des règlements internes au sujet du nombre de films, sous réserve des exigences de l'article IV ". Cet article IV prévoit qu'un pays peut protéger son industrie cinématographique au moyen de quota basés sur les heures de projection, par cinéma et par année. L'article XX, qui traite des exemptions générales, permet aux parties contractantes d'adopter des mesures discriminatoires ou protectionnistes si elles sont nécessaires "... pour protéger la morale publique ", " pour protéger la santé ... humaine ", ou " pour protéger les trésors nationaux ayant une valeur artistique ou archéologique ".

Le fait que l'Accord général prévoie des exceptions pour plusieurs produits culturels donne à penser que la culture est considérée comme un phénomène particulier, différent des autres biens et services échangés entre les pays, dans la mesure où les rédacteurs des accords du GATT ont jugé bon d'en tenir compte. Que l'on voie ou non une exemption générale pour les produits culturels dans les accords du GATT, les États-Unis semblent avoir adopté implicitement cette attitude par le passé. Lorsque le Canada s'est vu obligé de justifier les quota de contenu canadien prévus dans les règlements du CRTC à la suite d'une plainte des États-Unis, le gouvernement fédéral a soutenu que les quota en cette matière constituaient une question de nature culturelle, les interdictions contenues dans les accords du GATT ne s'y appliquant donc pas. Les États-Unis n'ont apparemment pas pris d'autres mesures par la suite, soit que la réponse les ait satisfait, soit qu'ils aient choisi d'accepter l'inévitable.

Le règlement du CRTC prévoyant des quota de contenu canadien dans les émissions pourrait bien constituer une forme de discrimination économique plus sérieuse que ne le seraient les droits de retransmission proposés dans le rapport Keyes-Brunet. On pourrait toujours soutenir que l'imposition d'un droit de retransmission aux seules émissions canadiennes constitue une forme de compensation pour les coûts plus élevés encourus par les télédiffuseurs canadiens, et par conséquent les créateurs, qui doivent obéir aux règlements du CRTC. Il serait beaucoup plus difficile de justifier les quota de contenu canadien en se fondant sur des arguments d'équité économique.

Bien que le droit de retransmission proposé par Keyes et Brunet soit permis en vertu des obligations internationales du Canada en matière de droit d'auteur, et qu'il puisse sans doute l'être aussi au terme des accords du GATT, il reste néanmoins à déterminer si le fait de pratiquer une certaine discrimination en faveur des émissions canadiennes concorderait avec les objectifs à long terme du Canada en ce qui a trait à l'élaboration des codes de conduite internationaux. Si

l'on peut trouver des substituts à tous les produits culturels, comme dans le cas des autres biens de consommation, toute forme de protectionnisme culturel est alors incompatible avec l'appui qu'apporte le Canada à une plus grande interdépendance économique et politique de la communauté mondiale. Cependant, la culture ne devrait pas être régie par les règles de l'efficacité internationale; tous les pays, et particulièrement les petits pays, doivent encourager l'expression culturelle nationale afin d'améliorer leur bien-être collectif. Par conséquent, les propositions du rapport Keyes-Brunet ne seraient pas incompatibles avec les engagements du Canada au sujet de l'ordre international et de l'intégration économique mondiale.

LES INTÉRÊTS DU CANADA ET LES RÉALITÉS BILATÉRALES

Le Canada et les États-Unis peuvent tous deux invoquer les principes du GATT, les principes internationaux en matière de droit d'auteur, ou encore d'autres idéaux, afin de justifier leurs positions respectives au cours des négociations bilatérales. En pratique cependant, ces deux pays ont tant de liens que leurs relations seront vraisemblablement beaucoup plus motivées par leurs expériences bilatérales passées que par des considérations multilatérales. L'institution d'un mécanisme de licence obligatoire pour la retransmission des émissions par câble dans la nouvelle Loi sur le droit d'auteur aux États-Unis constitue en particulier un élément important des relations canado-américaines. Dans un geste que l'on pourrait qualifier d'espèce de " vente à prix d'appel ", le Congrès a accordé unilatéralement une protection juridique aux oeuvres assujetties à un droit d'auteur dans les émissions canadiennes diffusées par certains télédistributeurs américains. La Société Radio-Canada, seule bénéficiaire en vertu de la loi des États-Unis, prévoit recevoir environ 60 000 $ de droits de retransmission pour les six premiers mois de l'année 1978[18]. L'industrie américaine du spectacle s'attend sans aucun doute à une protection réciproque dans la Loi canadienne sur le droit d'auteur[19].

Dans la pire des hypothèses, le gouvernement des États-Unis pourrait adopter des mesures de représailles si les émissions américaines diffusées au Canada ne reçoivent pas la même protection dans la loi canadienne sur le droit d'auteur que les émissions canadiennes reçoivent, selon eux, dans la loi américaine. Les États-Unis ont récemment répliqué à la décision du Canada de supprimer la déductibilité des messages publicitaires canadiens passant sur les stations frontalières des États-Unis, en abolissant, jusqu'à récemment, la déductibilité des dépenses de congrès tenus par des Américains au Canada.

Les attitudes des Canadiens quant aux relations bilatérales avec les États-Unis ont généralement été polarisées entre ceux qui craignent les conséquences de tout conflit et ceux pour qui les conflits ne

comportent aucun risque. Tout antagonisme dans les relations canado-américaines n'ira pas sans coûts, mais il est toujours possible d'étudier rationnellement certains des facteurs qui peuvent influer sur l'issue d'un litige.

Il ne serait pas facile d'instituer chez nous un système de droit d'auteur accordant aux intérêts américains la même protection que reçoivent les nôtres aux États-Unis. Il serait malaisé d'assurer la parité ou l'équivalence de ces droits en raison de l'ambiguïté et de la complexité du système obligatoire de licences de retransmission adopté aux États-Unis. Si l'on se base sur un principe d'équité, le système américain est équitable et généreux. Certains télédistributeurs américains doivent payer pour obtenir le droit de retransmettre des oeuvres protégées par un droit d'auteur contenues dans les émissions canadiennes, alors que les entreprises de télédistribution canadiennes ne sont pas tenues de payer quoi que ce soit pour retransmettre les émissions américaines. Cependant, selon un autre principe d'équité, le mécanisme américain pratique une discrimination structurelle à l'égard du Canada. L'article relatif au traitement national contenu dans la Convention universelle sur le droit d'auteur, que le Canada et les États-Unis ont ratifiée, oblige les signataires à traiter également les oeuvres protégées par droit d'auteur de tous les autres signataires de la Convention. Les États-Unis pratiquent toutefois une sélection, en obligeant certains télédistributeurs à obtenir une licence obligatoire pour retransmettre des émissions canadiennes (et mexicaines) sans s'immiscer dans les négociations relatives aux autres émissions étrangères retransmises sur leur territoire.

Les principes contenus dans la loi américaine sur le droit d'auteur sont peut-être moins importants pour le Canada que les conséquences financières découlant effectivement de l'application de la loi. Dans le chapitre intitulé **Questions d'ordre administratif et réglementaire**, nous étudions un peu plus en profondeur le système de licences obligatoires pour la retransmission établi en vertu de la loi des États-Unis, et nous en concluons que les pratiques administratives américaines pourraient bien ne pas être favorables aux intérêts canadiens.

Le fait que les principes mêmes du mécanisme de licences obligatoires adopté aux États-Unis puissent n'être pas équitables pour le Canada et que les pratiques administratives puissent être discriminatoires à son égard, complique encore la tâche de déterminer les autres choix à la disposition du Canada. Si la loi américaine était parfaitement impartiale ou clairement discriminatoire, le Canada pourrait alors opter pour une loi tout aussi équitable ou discriminatoire, ou essayer de négocier une solution mutuellement satisfaisante. Cependant, le fait que le système américain puisse

sembler juste à première vue, alors qu'il s'avère discriminatoire dans son application pratique, nous amène à envisager tout un éventail de possibilités très élaborées en matière de droit d'auteur.

Quatre éléments pourraient influencer la réaction des États-Unis à une politique canadienne de protectionnisme culturel : les difficultés croissantes qu'éprouvent les États-Unis à se faire respecter sur le plan mondial; l'importance relative des droits de retransmission par rapport à l'énergie, à l'eau, et aux autres sujets d'intérêt bilatéral; le préjudice immédiat ou potentiel pour les intérêts américains; et la volonté ou la détermination du gouvernement canadien d'affirmer son point de vue en matière culturelle. Les deux premiers éléments échappent au contrôle du gouvernement canadien, mais ils signifient qu'il devient plus facile pour le Canada d'adopter une politique culturelle ne concordant pas avec les intérêts américains. Plus Washington se préoccupe des problèmes mondiaux, plus il est absorbé dans des affaires continentales plus urgentes que la culture, moins il y a de chances qu'il réagisse à des mesures protectionnistes canadiennes en matière de culture et de télédiffusion.

La réaction des États-Unis à l'adoption d'un droit de retransmission protectionniste serait vraisemblablement moins vive que celle qu'a déclenchée l'abolition de la déductibilité des dépenses publicitaires pour les messages diffusés sur les stations américaines frontalières. Les menaces pesant sur la publicité frontalière en raison des modifications apportées à la loi fiscale canadienne étaient sérieuses, parce qu'elles entraînaient une perte immédiate de revenus pour les télédiffuseurs stationnés à la frontière des États-Unis. Par contre, un droit de retransmission limité aux seules émissions canadiennes ne représente qu'une perte de revenus potentielle. Ce manque serait d'autant plus incertain que les autorités américaines ne pourraient jamais déterminer la nature exacte de l'autre solution éventuellement retenue par le Canada, qu'il se fut agi d'un droit de nature non discriminatoire, ou d'une absence totale de droit.

Le gouvernement canadien rencontrerait vraisemblablement de moins en moins de résistance de la part des États-Unis s'il mettait progressivement de l'avant une politique de protectionnisme culturel plus vigoureuse. Il est sans doute vrai que les diffuseurs, et particulièrement les télédiffuseurs frontaliers, exercent une certaine influence (et même une influence disproportionnée) sur le système politique américain. La réaction vigoureuse des États-Unis aux menaces économiques posées par le passé aux diffuseurs frontaliers s'explique beaucoup plus par leur emprise que par l'importance de leur sort pour l'intérêt des États-Unis. De petits groupes de pression puissants exercent cependant leur pouvoir maximum pour des questions qui n'ont pas de retombées publiques graves. Dès qu'un problème atteint une certaine notoriété publique, les calculs d'intérêt national tendent à se substituer à l'influence que peuvent avoir les groupes de pression.

Les évaluations les plus conservatrices permettraient de dire qu'il existe au moins une demi-douzaine de problèmes continentaux plus importants pour les États-Unis que des pertes de revenus découlant de l'adoption éventuelle d'un droit de retransmission au Canada.

La réaction américaine pourrait être encore mitigée si le Canada optait pour un système analogue à la proposition Keyes-Brunet (soit hors des cadres de la loi sur le droit d'auteur), ou pour le système de droit d'auteur recommandé par le Conseil économique dans son **Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle.** Comme on l'a souligné au chapitre 4, le Conseil économique a recommandé que les télédiffuseurs non commerciaux bénéficient de la protection des droits d'auteur. De tels droits apporteraient des avantages financiers aux réseaux exploités par les provinces, à la Société Radio-Canada pour la partie non commerciale de sa programmation, et aux réseaux publics de télévision des États-Unis. En vertu de cette proposition, les paiements de droits d'auteur resteraient en grande partie au Canada mais ne seraient pas calculés en fonction de critères protectionnistes.

CONCLUSION

Nous avons commencé par souligner dans ce chapitre que le gouvernement fédéral reconnaît publiquement les avantages qui peuvent être retirés de consultations fédérales-provinciales dans les domaines de compétence fédérale exclusive. Il admet en outre que la notion juridique d'exclusivité de compétence ne traduit pas la réalité des chevauchements qui surviennent dans la quasi-totalité des domaines d'activité gouvernementale.

Au cours de ces consultations, le gouvernement fédéral pourrait être confronté à de nouvelles idées, avoir l'occasion de promouvoir la culture auprès de gouvernements provinciaux, et canaliser les efforts fédéraux et provinciaux pour le soutien d'une culture nationale. Il pourrait aussi en profiter pour démontrer que les divergences fédérales-provinciales reflètent plutôt de réelles différences interprovinciales et inter-régionales plutôt que la malveillance ou l'incompétence que certains porte-parole provinciaux attribuent à Ottawa.

Nous ne suggérons pas que toute consultation fédérale-provinciale devrait avoir un caractère unilatéral, le gouvernement fédéral consultant les provinces et jamais l'inverse. La consultation se fait à sens unique dans ce cas particulier des droits de retransmission, parce que la compétence sur le droit d'auteur et la télédiffusion est exclusivement fédérale, tandis que la juridiction sur la télédistribution l'est substantiellement.

Le gouvernement fédéral respecte déjà la condition minimum nécessaire à la tenue de consultations : le processus d'élaboration de sa politique est entièrement ouvert. Le ministère de la Consommation et des Corporations publie depuis des années diverses études et recherches sur le droit d'auteur et a invité les artistes, les associations d'interprètes, les télédiffuseurs et les autres parties intéressées à lui présenter des propositions. En juillet 1981, le ministère des Communications a officiellement mis sur pied un Groupe de travail sur la loi sur le droit d'auteur et la culture. Ce caractère relativement ouvert et la nature publique des délibérations sur le droit d'auteur au sein du gouvernement fédéral permettent à tous les Canadiens, y compris les gouvernements provinciaux, de soumettre leurs points de vue.

Dans le présent chapitre, on envisage la politique extérieure d'un point de vue multilatéral. Nous avons conclu qu'un droit de retransmission protectionniste semblable à celui que recommande le rapport Keyes-Brunet serait permis en fonction des obligations du Canada au terme des traités sur le droit d'auteur, et que les impératifs qu'il doit observer en vertu des accords du GATT ne constitueraient pas un obstacle majeur à cet égard. Nous avons également soutenu qu'une politique culturelle protectionniste n'irait pas à l'encontre des prises de position traditionnelles du Canada en faveur de l'ordre et de codes de conduite de la communauté internationale.

Enfin, nous avons replacé dans une perspective bilatérale les aspects des droits de retransmission qui concernent la politique extérieure. Plusieurs facteurs nous permettent d'avancer que la réaction des États-Unis à un droit de retransmission semblable à celui que suggère le rapport Keyes-Brunet pourrait être moins vive qu'elle ne l'avait été lors de l'abolition du traitement fiscal favorable accordé à la publicité achetée par les commanditaires canadiens auprès des stations de télévision frontalières des États-Unis. En premier lieu, les États-Unis ont beaucoup d'autres sujets de préoccupation plus importants que les droits de retransmission, dont les problèmes d'énergie, d'eau et les autres ententes continentales. En second lieu, la grande influence qu'ont habituellement au Congrès les télédiffuseurs américains pourrait s'estomper si le Canada affirmait une politique culturelle protectionniste vigoureuse. Si le conflit entre le Canada et les États-Unis au sujet de la politique culturelle s'envenime, la réaction américaine sera beaucoup plus déterminée en fonction de calculs rationnels d'intérêt national que de l'influence des groupes de pression; d'autres problèmes d'ordre continental sont beaucoup plus importants pour l'intérêt national des États-Unis. Troisièmement, la réaction américaine à un droit de retransmission du genre proposé par Keyes et Brunet serait sans doute moins forte qu'elle ne l'a été dans le cas de la publicité frontalière, parce que cette recommandation n'entraîne qu'une perte de revenus potentielle, hypothétique ou même

illusoire pour les titulaires de droits d'auteur américains, par opposition à la modificaiton du régime fiscal canadien qui causait effectivement un préjudice réel et immédiat aux télédiffuseurs frontaliers. Il se pourrait bien, après tout, que le Canada adopte une loi ne prévoyant aucun droit de retransmission.

Le gouvernement canadien pourrait essayer de limiter les risques de difficultés avec les États-Unis en adoptant une mesure analogue aux droits de retransmission en dehors des cadres de la loi sur le droit d'auteur comme, par exemple, un système d'octrois. Il pourrait également adopter un régime de droit d'auteur qui, tout en n'étant pas formellement protectionniste, retiendrait en pratique la plupart des droits d'auteur au pays. Il atteindrait ce but en suivant la proposition du Conseil économique qui suggérait de ne protéger que les télédiffuseurs non commerciaux.

Nous nous sommes attachés jusqu'ici à examiner les conséquences bilatérales et multilarérales de l'institution d'un droit de retransmission pour les émissions canadiennes, qui prendrait la forme d'un mécanisme de licence obligatoire ou toute autre disposition légale obligeant les télédistributeurs à payer des droits d'auteur. Ce dernier objectif constitue l'essence de la loi américaine sur le droit d'auteur et de la proposition Keyes-Brunet. Cette dernière recommandation se distingue de la loi américaine sur le droit d'auteur en ce que celle-ci prévoit un paiement aux titulaires de droits d'auteur, alors que Keyes et Brunet proposent que le droit d'auteur soit versé aux télédiffuseurs (et seulement à ceux qui sont Canadiens). Le fait que ce soit les télédiffuseurs ou les titulaires de droits d'auteur qui perçoivent les droits n'a pas tellement de conséquences au plan de la politique extérieure, mais nous en soulignons tout de même quelque-unes au chapitre 10 qui contient nos **Conclusions et recommandations.**

Il faudra déterminer la nature des émissions télédiffusées qui seront assorties d'un droit d'auteur, en raison des importantes répercussions possibles en matière de politique intérieure et extérieure. Keyes et Brunet recommandent d'accorder " ... aux radiodiffuseurs canadiens un droit d'autoriser la retransmission simultanée de leurs émissions canadiennes[20] ". Si l'expression " leurs émissions canadiennes " signifie " leurs émissions à contenu canadien ", il n'est pas nécessaire d'apporter d'importantes modifications à l'analyse que nous venons de faire des incidences sur la politique extérieure.

Cependant, si l'expression " leurs émissions canadiennes " signifie " la diffusion au Canada d'émissions sur lesquelles (les télédiffuseurs) détiennent les droits canadiens exclusifs ", on pourrait voir dans cette proposition la possibilité d'une substitution différée d'émissions. Tout comme la substitution simultanée autorisée par le CRTC, la substitution différée permettrait aux télédistributeurs

de substituer sur un canal américain la version d'un diffuseur canadien d'une émission américaine pour laquelle le télédiffuseur canadien a acquis les droits canadiens exclusifs. Par exemple, si un télédiffuseur canadien et un télédiffuseur frontalier des États-Unis diffusaient tous les deux un épisode de l'émission **All in the Family** au cours d'une période de sept jours, et si le télédiffuseur canadien pouvait prouver qu'il détient les droits canadiens exclusifs sur cet épisode, le télédistributeur aurait alors le droit de supprimer la version américaine, ou d'y substituer la version canadienne sur ce canal. La substitution différée pourrait également être pratiquée entre marchés domestiques au Canada, dans les cas où un télédiffuseur local pourrait prouver qu'il détient les droits locaux sur l'émission.

La substitution différée aiderait sensiblement les télédiffuseurs canadiens qui récupéreraient une partie de l'auditoire des stations frontalières américaines. On peut s'attendre à ce que le gouvernement des États-Unis réagisse vivement en raison de ce préjudice probable, bien que deux facteurs puissent cependant venir atténuer cette réaction. Tout d'abord, tout le monde n'y perdrait pas aux États-Unis : les propriétaires des émissions américaines verraient leurs revenus augmenter parce qu'ils les vendraient à des diffuseurs canadiens dont l'auditoire se serait accru, tandis que les revenus versés par les télédiffuseurs frontaliers aux propriétaires des émissions américaines ne diminueraient pas, parce que les prix de vente des émissions sont basés sur l'ampleur des marchés locaux aux États-Unis. En second lieu, les États-Unis n'auraient pas de forts arguments moraux ou juridiques de protestation, parce que la pratique de la substitution différée découle d'un principe de droit d'auteur internationalement accepté voulant que ces droits puissent être subdivisés nationalement et régionalement.

NOTES

1. On trouve une compilation utile des articles de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en annexe du livre de Richard J. Van Loon et Michael S. Whittington, **The Canadian Political System,** (Toronto, McGraw Hill Ryerson) dates et éditions diverses.

2. A.A. Keyes et C. Brunet, **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la Loi**, Ottawa, Consommation et Corporation Canada, 1977, p. 23.

3. L'Accord général sur le commerce et les tarifs.

4. Voir à ce sujet le discours prononcé par M. John Meisel, président du CRTC, devant l'Association canadienne de la télévision par câble, à Vancouver, le 28 mai 1980. Dans le chapitre 7 (**Questions d'ordre administratif et réglementaire**), on soutient que l'application actuelle du système de licences obligatoires aux États-Unis a pu avoir des effets négatifs sur les intérêts canadiens en matière de droit d'auteur.

5. On trouve de plus en plus d'écrits académiques sur les relations, les frictions et les disputes fédérales-provinciales. À titre d'exemple, voir R.B. Byers et Robert W. Reford, éd., **Canada Challenged: The Viability of Confederation**, Canadian Institute of International Affairs, Toronto, 1979; Garth Stevenson, **Unfulfilled Union** (Toronto, Macmillan, 1979); Douglas Auld **et al, Canadian Confederation at the Crossroads**, (Fraser Institute, Vancouver, 1978), et Gil Rémillard, **Le Fédéralisme Canadien**, éd. Québec/Amérique, Montréal, 1980.

6. **Western Premiers' Task Force on Constitutional Trends**, troisième rapport (mars 1979), sous la présidence de l'honorable K. Rafe Mair, pp. 44 à 45. Voir également le second rapport (avril 1978) et **Western Trade Objectives**, énoncé de principe de la Conférence des premiers ministres des provinces de l'Ouest, avril 1978.

7. **Ibid.**, p. 22.

8. Le très honorable Pierre Elliott Trudeau, **Le temps d'agir : jalons du renouvellement de la fédération canadienne**, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1978, p. 18.

9. **Ibid.** Le gouvernement fédéral a également formulé les remarques suivantes : " ... lorsqu'un gouvernement invite les autres à formuler des observations sur les mesures législatives, les orientations politiques et les programmes qu'il se propose de mettre en oeuvre, et tient compte de leurs observations sans nécessairement les accepter intégralement, son action a des chances d'être plus efficace qu'elle l'aurait été autrement " (p. 16).

10. Notes pour une déclaration du Premier ministre du Canada sur les communications, conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution, Ottawa, 8-12 septembre 1980, pp. 3-4, document 800-14/309.

11. Entretien avec Doug Smith, sous-ministre adjoint des Communications, Department of Consumer, Corporate and Internal Services, gouvernement du Manitoba, décembre 1980. Pour un aperçu général des points de vue provinciaux sur la télédistribution, voir " Position commune des gouvernements provinciaux au sujet du rapport du Comité (du CRTC) sur l'extension des services ... ", 28 novembre 1980.

12. Gouvernement du Québec, Développement culturel et scientifique, **La juste part des créateurs : pour une amélioration du statut socio-économique des créateurs québécois**, Québec, 1980.

13. **Ibid.**, p. VI.

14. **Ibid.**, p. 41.

15. Pour la position officielle de la politique québécoise en matière de culture et de communications, voir le ministre d'État au développement culturel, **La Politique québécoise du développement culturel**, 2 vol., Québec, Éditeur officiel, 1978; ministère des Communications, **Vers une politique québécoise en matière de communications**, Québec, Éditeur officiel, 1971; **Le Québec, maître d'oeuvre de la politique des communications sur son territoire**, Québec, Éditeur officiel, 1973, réimpression en 1980; et le discours d'ouverture de l'honorable Clément Richard, ministre des Communications du Québec lors de la Conférence des ministres des Communications à Vancouver, les 26 et 27 novembre 1980. M. Bernard Ostry a traité de l'argument voulant que la culture soit souvent perçue comme auxiliaire ou superflue par rapport aux principales activités du gouvernement fédéral dans **The Cultural Connection: An Essay on Culture and Government Policy in Canada**, Toronto, McClelland and Stewart, 1978.

16. Conseil économique du Canada, **Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle**, Ottawa, Information Canada, janvier 1971.

17. Voir le mémoire présenté par l'Association canadienne des radiodiffuseurs à Consommation et Corporations Canada, le 30 novembre 1979, pp. 7 à 13 et James Lahore, **Copyright**, Butterworths, Sydney, (Australie), 1977. Ex-conseiller à l'organisation mondiale pour la propriété intellectuelle, M. Lahore remarque sans ambages que " ... ni la convention de Berne ni la convention universelle sur le droit d'auteur ne reconnaît un droit d'auteur en matière d'émissions de radio ou de télévision " (p. 15). Dans un document préparé pour Consommation et Corporations Canada, M. Barry Torno dit le contraire : voir Conrad Winn "Department of Secretary of State - Potpourri ou Cultural Mandate" dans G. Bruce Doern, éd. **Spending Tax Dollars**, Ottawa, École d'administration publique de Carleton, 1980, p. 162, n. 14.

18. Nous étudions les pratiques américaines en matière de droit d'auteur au chapitre 7 (**Questions d'ordre administratif et réglementaire**).

19. Voir à ce sujet le discours prononcé par M. John Meisel devant l'Association canadienne de télévision par câble, à Vancouver, le 28 mai 1980.

20. **Le droit d'auteur au Canada**, p. 157 (soulignés ajoutés).

CHAPITRE 7

Questions d'ordre administratif et réglementaire

par Conrad Winn

INTRODUCTION

Par contraste avec la doctrine phisolophique et juridique de l'Europe continentale, le pragmatisme anglo-saxon et la tradition du droit commun ont toujours considéré l'absence de formalisme, la flexibilité et même l'imprécision comme de grands avantages. L'histoire politique de la Grande-Bretagne, la plus ancienne démocratie qui soit encore, milite en faveur de ce pragmatisme et de cette flexibilité, pourvu qu'on accepte certains principes de justice bien établis. En Angleterre, les organisations gouvernementales et non gouvernementales respectent depuis longtemps l'équité politique, tout en fonctionnant dans le cadre d'une constitution qui n'est même pas écrite.

Une loi sur le droit d'auteur doit par définition être libellée. Sa nature même commande que tout mécanisme de licence obligatoire en matière de droit d'auteur soit expressément prévu dans la loi écrite, sinon décrit en détail. En outre, l'expérience américaine à cet égard donne à penser que des dispositions statutaires prévoyant l'imposition d'un système de licence obligatoire devraient être formelles, claires, non ambiguës et détaillées, la délégation administrative devant être réduite à son minimum. La loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur décrit le mode de calcul des redevances de façon relativement explicite et circonstanciée. Elle contient une formule et un échéancier précis que les télédistributeurs doivent utiliser pour calculer les sommes qu'ils doivent verser au Registre des droits d'auteur. Les entreprises les plus importantes doivent estimer les redevances en fonction de leurs recettes brutes et des émissions diffusées. Étant donné que ce système de licence obligatoire n'a été introduit que récemment, il y a eu relativement peu de problèmes quant au calcul du paiement des redevances.

Bien que la loi adoptée aux États-Unis stipule clairement qui devrait recevoir quel montant, elle n'indique pas avec la même précision qui devrait recevoir ces montants et dans quelle proportion. Ainsi, l'alinéa 111(d)4) prévoit qu'un droit doit être versé aux " ... titulaires de droits d'auteur dont les oeuvres ont été retransmises par câble ... ". La loi spécifie encore qu'un tel paiement ne devrait être fait que dans le cas d'une émission " hors-réseau " retransmise à l'extérieur de la localité d'origine. L'article de loi décrit ensuite les mesures que doit prendre l'organisme chargé de la réglementation, soit le Copyright Royalty Tribunal, s'il survient un " litige " au sujet de la distribution des redevances. Cependant, la loi ne décrit pas en détail la façon d'identifier le " titulaire d'un droit d'auteur ", question capitale puisque plusieurs créateurs peuvent participer à la réalisation d'une émission. Elle omet également de mentionner une formule permettant de répartir les redevances, la tâche étant déléguée au Tribunal[1].

Le Copyright Royalty Tribunal des États-Unis a éprouvé en pratique de sérieuses difficultés à élaborer une formule permettant de distribuer les redevances provenant de la retransmission d'émissions. Il a déjà rendu un jugement " global ", répartissant les sommes versées entre les associations de titulaires de droits d'auteur telle que la Motion Picture Association of America (MPAA) et les associations de réalisateurs d'émissions. Toutefois, même ce jugement global fait l'objet de contestations judiciaires, notamment par la National Association of Broadcasters (NAB) devant la Cour d'appel du district de Columbia. Le Tribunal espère entre-temps que les divers regroupements et requérants individuels s'entendront à l'amiable au sujet de la répartition de ces sommes entre eux. Au milieu de l'année 1981, les titulaires de droits d'auteur n'avaient pas encore perçu leurs redevances pour l'année 1978. Le Tribunal comptait pouvoir distribuer une certaine partie des redevances non contestées, mais la Société Radio-Canada et d'autres titulaires qui voulaient que le litige soit résolu avant toute distribution s'y sont objecté.

Le Canada pourrait en principe éviter certaines de ces difficultés en s'abstenant d'adopter un système de licence obligatoire, puisqu'il ne serait pas alors nécessaire de préciser une formule de calcul et de distribution des redevances. Dans **Le droit d'auteur au Canada**, Keyes et Brunet recommandent l'instauration d'un système de licence obligatoire :

> ... le Tribunal du droit d'auteur (proposé au Canada) doit fixer les droits appropriés et créer les sauvegardes nécessaires pour assurer l'évaluation, le recouvrement et la répartition équitables des redevances ...[2].

En pratique, un mécanisme de licence obligatoire est souhaitable en raison du grand nombre de signaux pouvant être retransmis. On s'exposerait au chaos si l'on optait pour la solution de négociations libres entre les télédistributeurs d'une part, et les télédiffuseurs et/ou les titulaires de droits d'auteur d'autre part.

Dans ce chapitre, nous nous inspirons substantiellement de l'expérience vécue aux États-Unis, fort importante puisque la loi américaine constitue la première tentative visant à imposer un système de licence obligatoire pour la retransmission, et parce qu'elle étend la protection du droit d'auteur aux émissions étrangères. En outre, certaines émissions canadiennes et mexicaines sont assujetties au système américain de licence obligatoire et sont pratiquement considérées comme des émissions d'origine américaine.

Dans les sections qui suivent, nous traiterons du calcul et de la distribution des redevances, des adaptations futures en matière de réglementation et du règlement des litiges. Nous étudions d'abord chacun de ces thèmes dans le cadre de l'expérience américaine, puis en fonction des besoins canadiens.

Avant de conclure, nous examinons brièvement certaines des conséquences de la proposition Keyes-Brunet visant à donner à un nouveau Tribunal des droits d'auteur le pouvoir de réglementer les redevances de retransmission dans le sens de la politique en matière de communications et du rôle du CRTC.

LE CALCUL DES REDEVANCES
L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

La loi américaine stipule que le calcul des redevances des droits d'auteur doit se faire, sur des périodes de six mois, et précise clairement qui doit verser quel montant. Les petites entreprises de télédistribution reçoivent un traitement différent et plus favorable que celui qui est accordé aux grands réseaux. La taille du réseau est déterminée en fonction des recettes brutes pour les services de base, en excluant par exemple les recettes provenant de l'installation ou de l'utilisation du câble à des fins médicales ou de prévention du crime. La loi sur le droit d'auteur de 1976 prévoit deux catégories de petits réseaux aux fins d'application du traitement préférentiel : ceux qui ont des recettes brutes semestrielles de moins de 80 000 $ et ceux dont les recettes se situent entre 80 000 $ et 160 000 $. Les redevances que doivent verser les télédistributeurs de ces deux catégories ne sont calculées qu'en fonction des recettes, sans tenir compte du volume d'émissions diffusées.

Le Copyright Royalty Tribunal a modifié les chiffres des recettes brutes permettant de faire entrer les entreprises de télédistribution dans les catégories préférentielles, les modifications

entrant en vigueur le 1er janvier 1981. Dorénavant, les deux catégories seront déterminées en fonction des recettes brutes égales ou inférieures à 107 000 $ et entre 107 000 $ et 214 000 $[3].

Les recettes semestrielles de la majorité des télédistributeurs étaient égales ou supérieures à 160 000 $ dans les années 1978-1980, et égales ou supérieures à 214 000 $ après le 1er janvier 1981. Pour ces grands réseaux, le calcul des redevances devant être versées au Registre des droits d'auteur est fondé sur les recettes brutes provenant des services de base, de même que sur le genre et la durée des émissions en provenance de l'extérieur et retransmises localement. La définition des services de télédiffusion de base ne comprend pas l'utilisation du câble à des fins médicales ou de prévention du crime, ni les autres services auxiliaires assurés par de nombreux télédistributeurs. Les entreprises ne doivent verser des redevances qu'à l'égard des émissions en provenance de l'extérieur du réseau et diffusées localement. La rediffusion locale d'émissions transmises par les stations affiliées aux réseaux CBS, ABC et NBC n'entraîne le paiement de redevances qu'en proportion du volume d'émissions hors-réseau diffusées par ces stations affiliées. Si une émission hors-réseau est retransmise localement sur une station appartenant à un réseau, sur un réseau affilié, ou sur une station éducative, les droits d'auteur sont moins élevés (quatre fois moindre pour être précis) que dans le cas d'une émission hors-réseau diffusée sur les canaux commerciaux indépendants des trois réseaux américains. Les stations de la Société Radio-Canada sont définies comme des stations commerciales indépendantes et leurs émissions comptent donc parmi les plus onéreuses à diffuser.

Le poucentage des recettes brutes qui doit être versé est calculé en fonction du volume d'émissions diffusé par un télédistributeur, défini selon une formule permettant d'évaluer la compensation pour les signaux éloignés. Chaque télédistributeur doit établir la proportion d'émissions hors-réseau distribuées par chaque station dont elle retransmet localement les émissions. Il faut évaluer une compensation pour les signaux éloignés pour chaque signal importé dans une localité et en faire la somme totale pour tout le réseau de télédistribution. Par exemple, lorsqu'une station affiliée à un réseau ou une station éducative diffuse 30 p. 100 d'émissions hors-réseau, la compensation pour les signaux éloignés égale 0,3 multiplié par 0,25, soit 0,075. Si une station commerciale indépendante diffusait également 30 p. 100 d'émissions hors-réseau, il en résulterait une compensation de 0,3 multiplié par 1,0, soit 0,3. Les télédistributeurs doivent donc payer, à une station commerciale indépendante, quatre fois plus que les stations affiliées à un réseau ou les stations éducatives, pour la même proportion d'émissions hors-réseau. Un télédistributeur jouirait, au total, d'une compensation pour les signaux éloignés de 1,075 s'il distribuait la programmation d'une station non indépendante diffusant

30 p. 100 d'émissions hors-réseau (0,3 X 0,25 = 0,075), plus une station indépendante diffusant 100 p. 100 d'émissions hors-réseau (100 % X 1,0 = 1,0).

Lorsqu'un télédistributeur a calculé sa compensation pour les signaux éloignés, il doit la traduire en un pourcentage applicable à ses recettes brutes provenant des services de base. La loi de 1976 sur le droit d'auteur précisait que la première compensation coûterait au télédistributeur 0,675 p. 100 de ses recettes brutes, tandis que les deuxième, troisième et quatrième compensations pour les signaux éloignés lui coûteraient une somme supplémentaire correspondant à 0,425 p. 100 de ses recettes. Toute augmentation subséquente de 1 point dans le calcul de la compensation entraînerait des paiements additionnels correspondant à 0,2 p. 100 des recettes brutes. Le Copyright Royalty Tribunal a augmenté ses taux à partir du 1er janvier 1981, afin de tenir compte de l'inflation. Par conséquent, la première compensation coûte maintenant 0,817 p. 100 des recettes brutes, tandis que les deuxième, troisième et quatrième coûtent 0,514 p. 100 des recettes brutes, les autres augmentations entraînant le versement de redevances correspondant à 0,242 p. 100 des recettes brutes[4].

Les signaux de télévision canadiens retransmis dans un rayon de 150 milles à partir de la frontière canadienne, ou au nord du 42e parallèle, selon l'endroit qui se trouve le plus au sud, sont assujettis au système de licence obligatoire. Pour les autres retransmissions d'émissions canadiennes, les redevances doivent être négociées individuellement. Une disposition de temporisation dispense les télédistributeurs de verser des droits d'auteur à l'égard des émissions canadiennes déjà retransmises avant le 15 avril 1976.

La loi américaine décrivant de façon détaillée le calcul du paiement des droits d'auteur, il y a eu relativement peu de litiges au sujet de cet aspect du processus. Le calcul des redevances a certainement causé moins de controverses que leur répartition. Durant l'année 1978, environ 12 millions de $ de redevances plus les intérêts accumulés ont été perçus. Certains indices permettent toutefois de croire que la complexité de la formule a entraîné certaines erreurs administratives ou, à tout le moins, certaines ambiguïtés et incertitudes quant au calcul du paiement de droits d'auteur. Par ailleurs, les personnes chargées de faire la comptabilité dans certaines entreprises de télédistribution n'avaient pas les qualifications nécessaires pour utiliser la formule de calcul des redevances prévue dans la loi. Plusieurs télédistributeurs semblent avoir trop payé de redevances[5].

Les erreurs mathématiques humaines ne se sont pas limitées au calcul des redevances. Certaines procédures entreprises devant le Copyright Royalty Tribunal ont été paralysées par des questions en apparence aussi simples que le fait de déterminer quelles stations et

quelles émissions étaient effectivement diffusées par un télédistributeur au cours d'une certaine période, et avec quelle fréquence. Étant donné le problème posé par la fiabilité de différentes statistiques, diverses parties intéressées ont commencé à utiliser d'autres données pour leur présentation au Tribunal. On a même découvert certaines erreurs dans les données relatives aux émissions diffusées, élaborées par la compagnie privée bi Associates à partir des rapports officiels des télédistributeurs, et que l'on avait longtemps considérées comme la source la plus sûre.

LE CALCUL DES REDEVANCES CONSÉQUENCES POUR LE CANADA

Il est deux leçons principales à tirer de l'expérience des États-Unis : les dispositions relatives au calcul des redevances prévu dans la loi devraient être détaillées et simples à la fois. Les dispositions de la loi américaine à cet égard n'ont pas occasionné grand-litige, par rapport à la controverse qu'a suscitée la distribution subséquente de ces redevances. Le peu d'opposition s'explique par le fait que ces redevances n'étaient pas très élevées, mais aussi parce que les possibilités de litige étaient réduites en raison de la clarté de cette loi, une fois qu'elle eût été adoptée.

Le calcul des redevances a apparemment entraîné certaines erreurs administratives, que le Tribunal a essayé de rectifier. On pourrait réduire ces risques d'erreurs si on adoptait un système de licence obligatoire au Canada, en simplifiant les formules utilisées.

En vertu de la loi américaine, la retransmission d'émissions hors-réseau par les stations indépendantes rapporte quatre fois plus de redevances que la retransmission d'émissions hors-réseau par les stations affiliées à un réseau ou par une station éducative. Cette distinction ne se reflète cependant pas dans la répartition subséquente des redevances. Les titulaires des droits d'auteur sur les émissions qui ne proviennent pas d'un réseau et qui sont retransmises par des télédiffuseurs indépendants ne reçoivent pas quatre fois plus de redevances que les titulaires des droits sur les émissions hors-réseau qui sont retransmises par les stations affiliées à un réseau, ou par les stations éducatives.

Dans la mesure où ce rapport 4 pour 1 du calcul des redevances ne se retrouve pas dans leur répartition, le système de licence américain établit en réalité une discrimination à l'égard des émissions des stations indépendantes, puisque celles-ci reviennent plus cher aux télédistributeurs. Cependant, les titulaires de droits d'auteur sur des émissions diffusées par des stations indépendantes ne reçoivent pas plus de redevances. Il ne serait sans doute pas souhaitable que le Canada reprenne cette pratique à son compte, le fait d'exercer ainsi une certaine discrimination à l'égard des stations indépendantes allant peut-être à l'encontre de ses objectifs en matière de télédiffusion.

On pourrait appliquer ce ratio de 4/1 à la distribution des redevances dans la loi canadienne, auquel cas les propriétaires des émissions diffusées sur les stations indépendantes recevraient une compensation proportionnelle à l'inconvénient économique que représente la retransmission de leurs émissions. La définition de l'expression " réseau " dans la **Loi sur le droit d'auteur** pourrait comprendre les stations de la Société Radio-Canada et de CTV, toutes les autres étant considérées comme des stations " indépendantes ". Malheureusement, si l'on englobait les émissions américaines dans un tel système, leurs propriétaires en seraient les principaux bénéficiaires.

Le calcul des redevances pourrait être beaucoup plus simple si toutes les stations étaient traitées également dans le cadre du système américain actuel. Il y aurait moins d'erreurs si les entreprises de télédistribution payaient le même montant pour tout signal éloigné additionnel. Les difficultés d'ordre administratif seraient aplanies si l'on exigeait un paiement à l'égard de toutes les stations, et non seulement pour celles de l'extérieur. Si la loi canadienne sur le droit d'auteur prévoyait que les émissions américaines n'y sont pas assujetties, le fait de protéger les signaux locaux aussi bien que les signaux éloignés ferait augmenter la proportion des redevances conservées au Canada.

LA DISTRIBUTION DES REDEVANCES L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

Les dispositions relatives à la distribution des redevances dans le système de licence américain contrastent singulièrement avec les dispositions relatives au calcul de ces redevances. Pour ce qui est de leur répartition, les dispositions sont peu précises et ambiguës, ce qui entraîne de longues délibérations du Copyright Royalty Tribunal, d'interminables débats par les parties intéressées, diverses poursuites judiciaires devant les tribunaux américains et des délais apparemment sans fin pour obtenir des résultats concrets.

On pourrait essayer de résumer intégralement les longues délibérations publiques du Tribunal, mais cela ne présenterait qu'un intérêt académique parce que ces délibérations prolongées n'ont pas permis de déterminer un ensemble de principes ou de lignes directrices qui auraient pu aider le Tribunal à rendre sa décision initiale sur la répartition globale des redevances.

Cette dernière décision du Tribunal pourrait être vue, du moins partiellement, comme une tentative de conciliation entre les diverses réclamations et contre-réclamations présentées par les différents regroupements de titulaires de droits d'auteur. Dans la Loi, on semble d'ailleurs principalement considérer ce mécanisme de distribution comme un exercice de négociation. L'article III (D)(5)

prévoit trois modes de répartition des redevances. En vertu du premier, " ... tous les requérants peuvent s'entendre entre eux au sujet de la répartition des redevances, regrouper leurs réclamations et les produire conjointement, ou individuellement, ou désigner un mandataire commun chargé de recevoir paiement à leur place ". Les deuxième et troisième procédures stipulent quelle devrait être l'attitude du Tribunal en cas d'entente ou de " litige ", ou de désaccord entre les requérants.

En pratique, la National Collegiate Athletic Association a demandé qu'au moins 20 p. 100 de toutes les redevances soient versées aux groupes sportifs, tandis que l'association des Professional Sports Claimants demandait que ce montant se situe entre 25 et 30 p. 100. Ces deux groupes associés au monde du sport soutenaient que leurs demandes étaient fondées sur une évaluation " du marché " des émissions sportives par rapport aux autres émissions. En utilisant ses propres calculs, la MPAA a demandé que 80 p. 100 des redevances soient versées aux producteurs d'émissions, aux producteurs indépendants et aux autres membres de son association. Le réseau PBS et le Christian Broadcasting Network ont demandé de 7 à 12 p. 100 et 4,7 p. 100, respectivement, en fonction des heures de diffusion. Parmi les autres groupes qui réclamaient le versement de redevances, se trouvaient la American Society of Composers, Authors and Publishers, des personnes détenant les droits sur des personnages de dessins animés et la Broadcast Music Incorporated.

La Société Radio-Canada a particulièrement insisté auprès du Tribunal pour qu'il étudie attentivement la question du droit de propriété sur les droits d'auteur. Dans son mémoire présenté au Tribunal le 27 juillet 1979, elle déclarait :

> La Société Radio-Canada soutient respectueusement qu'il faut **d'abord et avant tout** déterminer qui a droit à ces redevances. Seuls les requérants selon la définition qu'en donne la loi ont droit de recevoir une partie du montant de redevances restant après déduction des frais juridiques[6].

Radio-Canada voulait qu'on étudie cette question en détail dès le début des procédures, parce que la MPAA, les associations sportives requérantes et probablement d'autres groupes semblaient vouloir exiger le paiement de redevances pour des émissions sur lesquelles ils n'avaient aucun droit. Dans de nombreux cas, les membres de la MPAA avaient déjà vendu les droits exclusifs de diffusion à des télédiffuseurs locaux, leur abandonnant ainsi le droit de réclamer des redevances à cet égard. Les associations sportives requérantes semblent avoir demandé le versement de redevances pour la retransmission de parties de la Ligue nationale de hockey, des Blue Jays de Toronto et

des Expos de Montréal, alors que la Société Radio-Canada détenait les droits d'auteur exclusifs pour la retransmission des parties de ces clubs jouées au Canada[7].

D'un point de vue plus général, Radio-Canada voulait que le Tribunal étudie sérieusement cette question de la propriété des droits d'auteur parce que, contrairement aux télédiffuseurs américains, elle possède les droits sur une grande partie de ses émissions. Elle aurait donc pu s'attendre à percevoir des redevances substantielles dans le cadre de ce système de licence obligatoire, en raison de sa forte position en matière de droit d'auteur, et de leur mode de calcul qui accorde quatre fois plus de redevances aux stations " indépendantes ". Cependant, il en est allé tout autrement.

Le Tribunal a tout d'abord réparti globalement le montant des redevances qui se chiffrait approximativement à 12 millions de $, plus les intérêts accumulés, de la façon suivante : 75 p. 100 à la MPAA et aux autres réalisateurs d'émissions; 12 p. 100 aux associations sportives; 5,25 p. 100 au réseau PBS; 4,5 p. 100 aux associations chargées de percevoir les droits d'auteur des interprètes et 3,25 p. 100 à la NAB. Il n'a rien consenti à la National Public Radio.

À l'heure actuelle, la Société Radio-Canada aurait droit de percevoir environ 60 000 $ de redevances pour les six premiers mois de l'année 1978. Cette somme s'explique par le fait que la MPAA ait consenti à accorder à Radio-Canada un certain pourcentage de sa part des 75 p. 100, la NAB ayant décidé, de son côté, d'octroyer à la SRC un certain pourcentage de sa part de 3,25 p. 100. Le fait que la MPAA ait reçu une si grande partie des redevances et en ait partagé si peu avec la Société Radio-Canada (bien que cette dernière ait acheté les droits canadiens exclusifs d'un grand nombre d'émissions pour lesquelles la MPAA réclamait le versement de redevances), explique, d'une façon, le peu de cas qui a été fait du principe de la propriété des droits d'auteur. Une autre explication tient au fait que les stations de la Société Radio-Canada ont été classifiées comme des stations " indépendantes " et, donc, hors-réseau en ce qui a trait au calcul des redevances. Cependant, on s'attendait à ce que Radio-Canada partage ses redevances avec la NAB qui représente les stations commerciales américaines, plutôt qu'avec le réseau PBS. On trouve encore une autre raison dans le fait que les associations sportives requérantes ont carrément refusé de partager les redevances avec Radio-Canada, bien que celle-ci ait acquis des droits sur un grand nombre d'émissions sportives.

Durant la première moitié de l'année 1978, 22 stations de télévision et 14 stations de radio de la Société Radio-Canada ont été retransmises par des télédistributeurs américains[8]. Radio-Canada a estimé qu'elle devrait recevoir 235 407,13 $ de redevances, en utilisant :

> Une formule basée sur la retransmission totale de signaux ou d'oeuvres ne provenant pas d'un réseau de télédistribution, en tenant compte de la compensation attribuée à chaque signal et en accordant un poids égal à la radio et à la télévision[9].

Le montant réclamé par la Société pourrait être conservateur, parce qu'il a été calculé au milieu de l'année 1979, alors que tous les renseignements sur les entreprises de télédistribution n'étaient pas encore disponibles.

Une année plus tard, en juillet 1980, la Société Radio-Canada demandait qu'on lui attribue 6,5 p. 100 des redevances et que l'on modifie les pourcentages accordés aux autres requérants. La Société a particulièrement insisté sur son rôle de premier plan comme producteur et sur la compensation qui lui revenait dans le calcul des redevances. La Société a soutenu que la MPAA devrait recevoir 50 p. 100, plutôt que 80 p. 100 des redevances, parce que ses membres ne possédaient pas vraiment de droits dans de nombreuses émissions pour lesquelles elle réclamait le versement de redevances[10]. Si ses arguments avaient été acceptés, Radio-Canada aurait alors reçu environ 1 million de $ par an. (Voir tableau 6.)

La première répartition semestrielle effectuée par le tribunal fait l'objet d'une étude judiciaire. On doit cependant souligner que d'autres requérants canadiens éventuels n'ont pas présenté de demande au Tribunal ou, s'ils l'ont fait, que leurs demandes ont été rejetées. Tout comme son homologue américain, la National Public Radio, le réseau radiophonique de la Société Radio-Canada n'a reçu aucune redevance bien que la Loi vise spécifiquement la radio.

TABLEAU 6

POURCENTAGE DE REDEVANCES DEMANDÉ ET AUTORISÉ REQUÉRANTS CHOISIS, 1978

(en pourcentage)

	Demande du requérant	Suggestions de la Société Radio-Canada	Décision du Tribunal
Motion Picture Association of America	80	50	75
National Association of Broadcasters	21	15	3,25
Associations sportives	20-30	12	12
Public Broadcasting Service	7-12	7	5,25
Société Radio-Canada	6,5	6,5	moins de 0,5%*

* Calculé d'après les ententes en vertu desquelles la MPAA et la NAB s'engageaient à partager une certaine partie de leurs pourcentages avec la Société Radio-Canada.

LA DISTRIBUTION DES REDEVANCES CONSÉQUENCES POUR LE CANADA

Du point de vue canadien, l'élément le plus important de l'expérience américaine est peut-être l'absence de dispositions explicites dans la loi des États-Unis au sujet des aspects substantifs, plutôt que procéduraux, de la question de la répartition des redevances. Cette délégation des responsabilités administratives en ce qui a trait à la distribution des redevances explique pour une large

part les litiges en cette matière, les poursuites judiciaires qui en ont résulté, et le fait que la répartition des redevances ne reflète apparemment pas la structure de propriété des droits d'auteur.

La loi canadienne devrait être beaucoup plus spécifique et directive. On doit néanmoins admettre que la composition du tribunal américain explique en partie ces résultats décevants : certains de ses membres y sont nommés par protection et ne possèdent aucune connaissance spéciale dans le domaine du droit d'auteur ou des communications. Il est probable que le nouveau tribunal canadien proposé par le rapport Keyes-Brunet puisse être composé de spécialistes, tout comme l'actuel Comité d'appel sur les droits d'auteur. La loi canadienne et les principes traditionnels en matière de nomination dans la Fonction publique tendent à encourager le professionnalisme et à éliminer le patronage.

Lorsqu'un pouvoir réglementaire est délégué à un organisme dont les membres sont nommés par protection, il peut arriver que ses décisions ne soient pas prises avec toute la rigueur voulue. Dans ce cas particulier, le refus du Tribunal de trancher la question de la propriété des droits d'auteur sur les émissions constitue la décision la plus insatisfaisante et la plus informelle qu'il ait pu rendre. Les intérêts économiques canadiens sont susceptibles d'en souffrir lorsqu'un organisme américain prend ainsi ses décisions. Cette absence de formalisme signifie que les valeurs, les croyances et les symboles sous-jacents à la culture américaine prennent le pas sur une application stricte des règles établies. Avec le recul, il n'est pas étonnant de constater que la MPAA a reçu la part du lion des redevances et n'a pas eu à établir ses droits de propriété en matière de droits d'auteur. L'imagination américaine a toujours été fascinée par le milieu hollywoodien des vedettes de cinéma, des sociétés de production et des réalisateurs d'émissions.

Le gouvernement canadien devrait envisager la possibilité d'étudier en détail dans quelle mesure le processus américain a un effet discriminatoire contre les intérêts canadiens. Le gouvernement pourrait se servir d'arguments fondés sur les aspects administratifs et juridiques, ainsi que sur le système de répartition des redevances, qui vont à l'encontre des intérêts canadiens, afin d'atténuer la réaction du gouvernement américain face aux initiatives canadiennes en matière de droit d'auteur et autres domaines relatifs à la culture et à la télédiffusion.

On doit retenir de l'expérience américaine qu'il est possible de verser des redevances à des requérants autres que les télédiffuseurs. Tant au Canada qu'aux États-Unis, les autorités en matière de communications ont souvent étudié la possibilité d'encourager une meilleure programmation. Le Copyright Royalty Tribunal a d'ailleurs songé à utiliser la répartition des redevances à cette fin. Il existe

en pratique deux notions (contradictoires) quant à la qualité des émissions : a) les émissions prisées par une faible partie des téléspectateurs (souvent très scolarisés), et b) les émissions appréciées par un très vaste auditoire. Par sa nature même, le droit d'auteur constitue un instrument trop radical pour qu'on puisse y avoir recours de façon individualisée afin de favoriser la production de meilleures émissions, tout particulièrement en ce qui a trait à celles qui s'adressent à un petit nombre de téléspectateurs. L'encouragement apporté à des émissions de qualité conçues pour des auditoires spécialisés exige un haut degré de connaissances artistiques et culturelles, et une grande latitude sur le plan administratif. Cependant, pour être efficace, une loi sur le droit d'auteur ne devrait exiger qu'un minimum d'information et ne permettre qu'un minimum de discrétion administrative.

Bien que le droit d'auteur ne constitue pas le mécanisme idéal pour faire des distinctions entre les divers genres d'émissions, les redevances pourraient être versées aux producteurs ou aux télédiffuseurs qui présentent généralement le genre d'émissions encouragées par la politique en matière de communications. La **Loi sur la radiodiffusion** et les lignes de conduite en matière de communications accordent par exemple une certaine priorité aux émissions à contenu canadien. On pourrait tenir compte du fait que certains télédiffuseurs sont plus sensibles que d'autres à cet objectif pour déterminer les bénéficiaires des redevances dans le cadre d'un système de licence obligatoire. Keyes et Brunet recommandaient d'accorder une protection " ... aux radiodiffuseurs canadiens ... (à l'égard de) leurs émissions canadiennes[11] ". Nous étudierons cette question en détail dans la conclusion.

Les émissions canadiennes produites par des agences indépendantes constituent un second genre d'émissions privilégiées par la politique en matière de télédiffusion. Le CRTC a fréquemment incité les réseaux à recourir aux services de producteurs indépendants. Par exemple, lors du renouvellement de la licence du réseau CTV en 1973, le Conseil a déclaré :

> ... nous sommes persuadés que les producteurs indépendants peuvent apporter une contribution valable au système de radiodiffusion canadien ... (et que) les réseaux canadiens ont une part de responsabilité à cet égard[12].

Plus récemment, Radio-Canada a commencé à acheter un plus grand nombre d'émissions indépendantes. On semble par là présumer, quand ce n'est pas dit expressément, que les producteurs indépendants peuvent constituer une source importante d'oeuvres originales et une incitation à la liberté culturelle[13]. Dans leur rapport, Keyes et Brunet ne se demandent pas si l'on pourrait aider les producteurs indépendants en

leur versant des redevances pour la retransmission des émissions. On tiendrait peut-être davantage compte des producteurs indépendants aujourd'hui qu'on ne l'a fait il y a sept ans lors de la parution du rapport Keyes-Brunet, en raison des activités subséquentes de l'industrie canadienne du film qui laisse entrevoir de nouvelles avenues. Dans notre conclusion, nous examinons l'opportunité de distribuer des redevances de retransmission aux producteurs indépendants.

MODIFICATIONS FUTURES DE LA RÉGLEMENTATION
L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

L'article 801(b)(2)(A) de la Loi des États-Unis contient des dispositions détaillées au sujet des modifications du calcul des redevances durant la période d'application de la loi, mais donne un large pouvoir discrétionnaire au Tribunal en ce qui a trait à leur distribution. La loi lui permet de modifier les taux payés par les télédistributeurs afin de :

> tenir compte i) de l'inflation ou de la déflation monétaire sur le plan interne, ou ii) des changements dans les taux moyens d'abonnement pour le service de base ... afin de maintenir à un niveau constant le taux des redevances payées par abonné.

En principe, si le tarif payé par les abonnés au câble augmente avec l'inflation, les taux des compensations versées par ces réseaux ne peuvent être modifiés. En outre, la loi stipule que le Tribunal ne peut augmenter les taux des compensations payées par les télédistributeurs dans le simple but de garder un niveau de redevances constant, si le taux moyen de compensation par abonné venait à diminuer.

Par ailleurs, comme on vient de le souligner, la loi accorde au Tribunal un large pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait aux modifications à la répartition des redevances. Ainsi, il a toute latitude pour modifier le taux des redevances versées afin de parer aux effets de " tout changement des règles et des règlements de la Federal Communications Commission au sujet de l'exclusivité des émissions sportives et autres ".

MODIFICATIONS FUTURES DE LA RÉGLEMENTATION
CONSÉQUENCES POUR LE CANADA

Il serait logique d'accorder à un organisme canadien semblable à celui qu'ont proposé Keyes et Brunet une certaine autorité lui permettant de modifier les taux de calcul et de distribution des redevances. L'expérience américaine donne cependant à penser que cette latitude devrait être limitée et que l'on devrait préciser dans la loi des critères permettant à l'organisme en question d'ajuster ces taux.

En ce qui a trait au calcul des redevances, on pourrait tenir compte de deux aspects importants : l'inflation et la rentabilité des entreprises de télédistribution.

En ce qui a trait à la répartition des redevances, il est difficile de déterminer des critères précis qui devraient être incorporés à la **Loi sur le droit d'auteur**, avant de connaître les modalités du système de licence obligatoire qu'adoptera le Parlement. En règle générale, cependant, on ne devrait pas accorder une trop grande latitude à l'organisme chargé de la réglementation. Le Cabinet pourrait être justifié de vouloir conserver l'autorité résiduelle en matière de réglementation puisqu'il pourrait être nécessaire de modifier les règlements de temps à autre en raison des changements intervenant dans les relations bilatérales canado-américaines ou des changements dans les priorités du Canada en matière de télédiffusion. Cette solution ne fait cependant pas l'unanimité : si le Parlement adopte un système de licence qui n'est pas entièrement favorable aux intérêts américains, le fait d'attribuer une trop grande autorité résiduaire au Cabinet risque de l'exposer à des pressions plus fortes de la part des États-Unis[14].

LE RÈGLEMENT DES LITIGES L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

On peut penser ici à trois genres de situations : lorsque les requérants ne peuvent obtenir les renseignements nécessaires au sujet de la retransmission des émissions par les télédistributeurs afin de présenter leur réclamation; lorsqu'il existe un litige au sujet de la répartition des redevances; et lorsque les redevances ne sont pas payées avec une régularité ou une célérité suffisantes. La loi américaine oblige les télédistributeurs à fournir des renseignements à jour au sujet des émissions retransmises, mais on ne connaît pas exactement les mécanismes mis en place par les États-Unis afin de s'occuper des retardataires. Quatre télédistributeurs sur cinq qui ont respecté les exigences relatives aux renseignements devant être fournis ont également versé des redevances. Les redevances dues n'ont pas encore été versées en partie en raison des procédures judiciaires en cours au sujet de leur distribution globale, et en partie parce que le Tribunal n'a pu amener les requérants à s'entendre quant à la répartition des redevances entre eux.

LE RÈGLEMENT DES LITIGES CONSÉQUENCES POUR LE CANADA

Les entreprises de télédistribution étant beaucoup moins nombreuses ici, il sera vraisemblablement plus facile d'obtenir des renseignements exacts sur la retansmission des émissions par câble dans le cadre d'un système canadien. En 1978, environ 4 000 systèmes étaient exploités aux États-Unis, alors qu'il n'y en avait que 463 au

Canada[15]. Néanmoins, la loi canadienne restreindrait le nombre potentiel de litiges si elle obligeait les télédistributeurs à présenter régulièrement aux autorités chargées d'appliquer la réglementation un rapport sur leur programmation et si les redevances étaient versées à ces dernières plutôt que de l'être directement aux requérants. Si le système canadien de licence obligatoire prévoyait la distribution de redevances à d'autres requérants que les télédiffuseurs, ou aux deux à la fois, il serait avantageux pour les petites entreprises que les formalités de demande soient simples et peu onéreuses; il est important de s'assurer que celles-ci ne soient empêchées de réclamer leur dû en raison des coûts prohibitifs de la demande.

Keyes et Brunet ont recommandé que le Comité d'appel sur les droits d'auteur soit remplacé par un Tribunal du droit d'auteur dont le mandat comporterait de nombreuses responsabilités outre l'obligation de surveiller l'application du système de licences de retransmission. Nous n'avons aucun commentaire à faire sur les diverses recommandations du rapport Keyes-Brunet en vue d'instaurer de nouveaux droits, ou d'accroître l'autorité de l'organisme chargé de la réglementation en matière de droit d'auteur. En ce qui concerne la retransmission proprement dite, que l'organisme s'appelle Comité d'appel ou Tribunal, il devra s'acquitter de responsabilités supplémentaires si l'on adopte un système de licence obligatoire. Certains traditionnalistes canadiens s'attristeront peut-être de voir changer le nom de l'organisme chargé d'appliquer la réglementation. Des appellations typiquement distinctes contribuent généralement à affirmer l'identité culturelle canadienne; lorsque le Comité d'appel a été créé en 1936, il s'agissait d'une innovation relativement importante, que le Royaume-Uni a par la suite imitée.

LES AUTORITÉS EN MATIÈRE DE DROITS D'AUTEUR ET DE COMMUNICATIONS

Le fait qu'un système de licences de retransmission touche à deux secteurs distincts, les communications et le droit d'auteur, pose un problème de coordination et de compatibilité. Ce problème de compatibilité entre les autorités responsables du droit d'auteur et celles dont relèvent la télédiffusion ou les communications pourrait avoir des effets sur la conception initiale du système de licences, ainsi que sur son application ultérieure. Compte tenu de la formation, de l'expérience et des responsabilités de leur personnel, les organismes en charge du droit d'auteur n'évalueront probablement pas le système de licences de retransmission en fonction des objectifs culturels ou de la télédiffusion. Ils considéreront plutôt les modèles possibles en se demandant si les télédiffuseurs ou les titulaires de droits d'auteur reçoivent leur juste part des redevances, plutôt qu'en mesurant l'effet que pourrait avoir la distribution des redevances sur le rendement des télédiffuseurs.

L'importance relative qu'accorde le gouvernement du Canada aux questions de rémunération par rapport au rendement des télédiffuseurs déterminera dans une large mesure laquelle de ces deux autorités aura le rôle primordial dans la conception du système de licences de retransmission. Le principe d'une compensation pour l'utilisation d'émissions télédiffusées est, à juste titre, important dans le cadre du système de licence américain puisque le gouvernement des États-Unis n'a pas les mêmes préoccupations que le gouvernement canadien quant au rendement des industries nationales de la culture, de la télédiffusion et du spectacle, face à la concurrence étrangère. L'activité culturelle des États-Unis est globalement d'une importance telle que la culture américaine est presque devenue une culture mondiale.

Toutefois, le gouvernement du Canada doit apporter une aide particulière aux industries canadiennes de la télédiffusion et de la culture. La télédiffusion et la production d'émissions ne peuvent être traitées de la même façon que les appareils ménagers, les textiles, les machines-outils ou les autres produits qui se prêtent bien aux principes de la substitution internationale et des économies d'échelle globales. Le Canada a tout spécialement besoin d'une programmation nationale compte tenu de sa population très dispersée et de ses différences ethniques, linguistiques et régionales. La proximité du géant américain l'oblige également à produire des émissions de qualité qui contribueront à alimenter un sentiment de fierté nationale.

Ces besoins particuliers, reconnus depuis toujours dans la loi et la politique en matière de télédiffusion, obligent les autorités responsables de la télédiffusion et des communications à jouer un rôle déterminant dans l'élaboration d'un système de licences de retransmission. Outre ce système visant à atteindre certains objectifs en matière de télédiffusion, la **Loi sur le droit d'auteur** devrait prévoir certains critères explicites, inspirés de la politique de la télédiffusion, et en vertu desquels le pouvoir de modifier les taux de redevances serait délégué au Comité d'appel sur le droit d'auteur, ou au Tribunal qui lui succéderait.

CONCLUSION

Adopté en 1976 et entré en vigueur en 1978, le système américain de licence obligatoire pour la retransmission d'émissions a suivi un itinéraire compliqué. Les dispositions prévoyant le calcul des redevances devant être versées par les télédistributeurs sont complexes, parce que la formule prévue dans la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis l'est aussi. Le processus de distribution des redevances aux requérants est tout aussi compliqué parce que l'on a conféré le pouvoir de procéder à la répartition des redevances au Copyright Royalty Tribunal, dont les décisions en cette matière ont, dans une large mesure, semé la confusion et le doute. Le Tribunal n'a pas obligé les requérants à présenter une preuve claire de leurs droits

aux redevances, pas plus qu'il n'a suivi une procédure formelle de distribution qui aurait pu ultérieurement être utilisée de nouveau. Le mode de prise de décision retenu par le Tribunal pourrait être qualifié d'informel, les valeurs fondamentales de la culture américaine prenant le pas sur un mécanisme décisionnel plus rigide. Lorsque le Tribunal a procédé à la première répartition majeure des redevances, la MPAA en a reçu la plus grande part, soit 75 p. 100. Bien que la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis ait attribué un facteur de pondération important aux émissions de la Société Radic-Canada (4 pour 1) dans le calcul des redevances, celle-ci pourrait en fin de compte n'en recevoir qu'une infime partie.

La première des trois principales conclusions à tirer de ce chapitre est la suivante : la loi canadienne devrait prévoir une formule de calcul simple, plutôt qu'une méthode complexes et devrait contenir des dispositions détaillées au lieu de prévoir une importante délégation de pouvoirs. Une formule simple pour le calcul et la distribution des redevances restreindrait les possibilités d'erreurs administratives. Par ailleurs, la description détaillée de ces formules et les limites imposées à l'organisme chargé de réglementer les droits d'auteur réduiraient les chances d'écart entre le rôle attribué à ce régime par les législateurs et son application pratique.

En second lieu, le gouvernement du Canada devrait envisager la possibilité d'étudier en détail dans quelle mesure l'aplication du système de licences par le Tribunal américain a nui aux intérêts canadiens. S'il a effectivement porté préjudice et si l'on demande au Parlement d'adopter un système de licences prévoyant le versement direct de redevances à des intérêts américains, le Cabinet pourrait être justifié de conditionner ce paiement des redevances aux intérêts américains à un règlement satisfaisant des problèmes de répartition dans le cadre du système américain. Si la part des redevances américaines que doit recevoir la Société Radio-Canada ne dépasse pas les évaluations actuelles (environ 60 000 $) et si les recherches démontrent que les redevances ont effectivement été distribuées au détriment des intérêts canadiens, il serait alors possible d'en conclure que le système de licence américain est discriminatoire. À lui seul, le ratio de calcul des redevances (4 pour 1) incite les télédistributeurs américains à ne pas retransmettre les signaux de Radio-Canada, le principal requérant canadien.

Pour être tout à fait juste, on pourrait soutenir à bon droit que le faible montant de redevances attribué à la Société Radio-Canada traduit la piètre estime du Copyright Royalty Tribunal à l'égard des stations américaines de télévision non éducatives. La NAB qui représente un grand nombre de télédiffuseurs privés américains n'a reçu que 3,25 p. 100 du montant total des redevances. La part minime de redevances que reçoit la Société Radio-Canada ne reflète pas obligatoirement les valeurs culturelles américaines, conscientes ou

inconscientes; toutefois, le Canada est de loin le plus important consommateur national de tous les produits culturels globalement créés par les industries américaines. Il aurait droit à ce titre à un traitement équitable. Si le gouvernement fédéral entame un jour des discussions avec le gouvernement américain au sujet du traitement réservé à Radio-Canada en vertu du système de licence américain, ou si le gouvernement des États-Unis soulevait éventuellement quelque question relative à la politique canadienne en matière de droit d'auteur, le gouvernement canadien serait alors justifié d'élargir la discussion afin d'y inclure la question plus globale du courant unilatéral de produits culturels.

La troisième conclusion tient au fait que la question des licences de retransmission chevauche deux secteurs, les communications et le droit d'auteur. Étant donné l'importance de la télédiffusion pour le Canada, les autorités chargées de la télédiffusion et des communications devraient jouer un rôle déterminant lorsqu'il s'agira de conseiller le Cabinet sur le choix d'un système de licence. Le nouveau Groupe de travail sur le droit d'auteur créé par le ministère des Communications pourrait être tout désigné à cet égard.

NOTES

1. Les révisions à la loi américaine sur le droit d'auteur ont été soumises au Committee of the Whole, U.S. House of Representatives, le 3 septembre 1976. À toutes fins pratiques, les révisions incorporées dans la nouvelle loi sont entrées en vigueur le 1er janvier 1978. On trouvera des descriptions et des commentaires utiles à ce sujet dans le rapport nº 94-1476 du Congrès des États-Unis et dans Melville B. Nimmer, **A Preliminary View of the Copyright Act of 1976: Analysis and Text** (New York, Metthew Bender, 1977). Les principales dispositions en matière de licences obligatoires pour la retransmission se trouvent dans 17 USC III (soit l'article III du Titre 17 du Code des États-Unis), "Limitations on exclusive rights: Secondary transmissions".

2. P. 158. Parenthèses ajoutées.

3. **Federal Register** 46 (5 janvier 1981) 2, p. 897.

4. **Ibid.**

5. Entretiens avec Roger Wagner, président, bi Associates, Washington D.C. (1979). Dans un mémoire présenté au Tribunal en juillet 1979, la Société Radio-Canada a souligné que des erreurs de calcul des compensations pour signaux éloignés avaient été faites " dans un certain nombre de cas ", que les stations de la Société Radio-Canada avaient été classifiées à tort comme " des stations affiliées à un réseau " au lieu d'être considérées comme des " stations indépendantes ", " dans un certain nombre de cas ", et qu'environ le cinquième des télédistributeurs (soit près de 750) n'avait pas produit le rapport exigé par la loi.

6. Lettre de D.E. Lytle, Directeur des services nationaux de programmes, Société Radio-Canada, à l'honorable Douglas Coulter, président, Copyright Royalty Tribunal, p. 2. Soulignés ajoutés.

7. Voir la lettre adressée par D.E. Lytle, Directeur des services nationaux de programmes, Société Radio-Canada à l'honorable Mary Lou Burg, présidente, Copyright Royalty Tribunal, 22 mai 1980, p. 2.

8. Services nationaux de programmes, Société Radio-Canada, **Copyright Royalty Tribunal** (documentation), Ottawa, novembre 1981.

9. Lytle à Coulter, p. 5.

10. Lettre adressée par D.E. Lytle, Directeur des services nationaux de programmes, Société Radio-Canada à l'honorable Mary Lou Burg, présidente, Copyright Royalty Tribunal, 2 juillet 1980, pp. 5 à 7.

11. **Le droit d'auteur au Canada**, p. 157.

12. Avis public du CRTC, 22 janvier 1973.

13. Dans leur importante étude sur les producteurs canadiens-anglais indépendants, Hugh Edmunds **et al** ont fait les remarques suivantes : " On a attribué certaines valeurs à la production indépendante d'émissions. Il peut s'agir d'arguments de nature philosophique en faveur d'une société dont la liberté serait renforcée par la diversité des opinions qui sont soumises au public, opinions qui ne sont pas filtrées par les institutions, de façon à ce que les citoyens puissent faire le meilleur choix grâce à ce libre courant d'informations. De façon plus pragmatique, on a soutenu que les producteurs indépendants apportent de nouvelles idées d'émissions. Grâce à l'originalité et à l'efficacité indispensables pour survivre et prospérer, ils trouveront de nouveaux moyens leur permettant d'atteindre plus efficacement de nouveaux auditoires à un coût réduit, et de leur fournir un produit répondant mieux à leurs intérêts et à leurs besoins. Ainsi, ils fourniront un tremplin aux talents ou aux ressources méconnus ou inexploités. Enfin, on estime qu'une industrie de production indépendante saine offrirait plus de chances d'emplois aux artisans, aux techniciens et aux artistes canadiens, dans ce domaine qui se caractérise par une importante utilisation des ressources humaines. Cette situation donnerait de meilleurs chances à tous et permettrait aux meilleurs d'entre eux de s'affirmer, d'obtenir une reconnaissance internationale et d'améliorer la balance commerciale canadienne. " Hugh H. Edmunds **et al, A Study of the Independent Production Industry** (Windsor, Centre for Canadian Communications Studies, Université Windsor, avril 1976), vol. 1, p. 6.

14. Sur le rôle du Cabinet en matière de réglementation, voir Richard J. Schultz, **Le fédéralisme et le processus réglementaire** (Ottawa, Bureau des relations fédérales-provinciales, 1978).

15. Selon le **Television Factbook** (nº 48), 3 997 réseaux étaient exploités aux États-Unis au 1er septembre 1978. Pour les données canadiennes, voir Statistique Canada, **Câblodistribution** (1978), nº de catalogue 56-205.

CHAPITRE 8

Le droit d'auteur et les autres droits virtuels en matière de télédistribution

par Conrad Winn

INTRODUCTION

L'imposition éventuelle d'un droit d'auteur à l'égard des émissions retransmises par câble présente un intérêt considérable pour l'industrie de la télédiffusion et les responsables de la politique des communications au sein du gouvernement. La forme et la substance d'un droit de retransmission adopté dans une nouvelle loi sur le droit d'auteur pourraient cependant avoir une incidence sur d'autres droits que l'on pourrait inclure dans la loi, que l'on pourrait y ajouter par la suite, ou que l'on pourrait prévoir dans une nouvelle loi sur le droit d'auteur, d'ici une ou deux générations. Au cours des soixante dernières années, à la lumière des progrès techniques dans les domaines de la télédiffusion, de l'informatique, des télécommunications et dans les champs connexes, il est devenu nécessaire d'instaurer plusieurs nouveaux droits afin de préserver un certain ordre sur le marché, et de protéger les droits des créateurs de nouvelles oeuvres intellectuelles. En vertu de la Convention de Rome de l'Union de Berne, le Canada n'est pas actuellement tenu de protéger les enregistrements sonores, les émissions télédiffusées, les logiciels et d'autres produits encore qui n'existaient pas ou auxquels on n'attachait pas d'importance au moment où la Convention de Rome est entrée en vigueur. Il est peu probable que le rythme des innovations technologiques se ralentisse dans les années à venir; on s'attend au contraire à ce que la nouvelle loi sur le droit d'auteur ait une espérance de vie plus courte que la loi actuelle et que l'on intensifie les pressions pour la modifier, sinon la réviser complètement.

Un droit de retransmission adopté dans la nouvelle loi sur le droit d'auteur devrait être formulé de façon à exclure certains principes ou caractéristiques indésirables qui pourraient être considérés comme des précédents lorsqu'il s'agira d'interpréter les

autres droits prévus dans la loi. Dans ce bref chapitre, nous nous penchons sur certains des principes ou caractéristiques souhaitables dans le cas d'un droit de retransmission, et qui s'appliqueraient également aux autres droits que pourrait garantir la nouvelle loi canadienne.

QUELQUES PRINCIPES

Priorité aux oeuvres canadiennes

Toute nouvelle loi sur le droit d'auteur devrait protéger, en priorité, les oeuvres canadiennes, dans la mesure où aucun traité ne l'interdit spécifiquement. Pour ce qui est de la télédistribution des émissions, il vaut mieux ne prévoir aucun droit de retransmission qu'adopter une disposition qui aurait pour effet de distribuer la plus grande partie des redevances de droit d'auteur aux titulaires américains. Il n'existe pas de raison fondamentale pouvant justifier un déficit important de la balance commerciale, celui-ci variant évidemment en fonction des taux de redevances prévus dans un système de licence obligatoire; cependant, le déficit accumulé pourrait être très important si tous ces nouveaux droits s'appliquaient aux oeuvres étrangères. En outre, dans ce dernier cas, ou lorsque la protection accordée est structurée de façon à ce que les titulaires de droits d'auteur étrangers en soient les principaux bénéficiaires, il se crée un précédent quant à la structure des paiements à l'égard de nouveaux droits.

Objectifs sociaux

Dans le chapitre 4, **Les enjeux économiques**, nous avons invoqué un certain nombre d'arguments permettant de dire que les sociétés peuvent et doivent définir les droits de propriété en termes de justice et d'équité pour les parties intéressées, et aussi en tenant compte des besoins de la société en ce qui a trait à certains genres d'activité économique. C'est d'ailleurs ce qu'elles font. Si nous sommes bel et bien en plein milieu de l'âge de l'information dont on nous a tant vanté les mérites, la production, la distribution et la consommation de l'information deviennent rapidement capitales, non seulement pour la prospérité des systèmes politiques contemporains, mais aussi pour le développement des économies modernes. Quasi par définition, le droit d'auteur constitue un outil primordial pour les gouvernements, à l'ère de l'information. Pour tirer le meilleur parti du droit d'auteur, les gouvernements doivent s'efforcer de le structurer afin d'encourager la production des éléments d'information et de communications qu'ils estiment essentiels au fonctionnement des systèmes économiques et politiques nationaux.

Le fait que cette question des droits d'auteur ait trait, pour une large part, aux droits des artistes et autres créateurs ne devrait pas empêcher l'État de l'utiliser afin d'élaborer des lignes de conduite d'intérêt national. Dans **Le droit d'auteur au Canada**, Keyes et Brunet font remarquer que " ... une loi sur le droit d'auteur doit, presque par définition, se préoccuper au premier chef des créateurs " et que " ... les droits des créateurs constituent la norme dans une révision de la législation du droit d'auteur " (p. iii). Toutefois, ce principe ne permet pas de délimiter de façon précise l'étendue de ces droits, et qui en seraient les titulaires. Ainsi, Keyes et Brunet ne proposent pas l'adoption d'un droit pour les télédiffuseurs américains dont les émissions sont retransmises au Canada, pas plus qu'ils ne suggèrent l'adoption d'un droit pour les auteurs, les compositeurs et les autres créateurs dont les oeuvres protégées par droit d'auteur sont retransmises au Canada ou à l'étranger. Selon la recommandation de Keyes et Brunet, seuls les droits des télédiffuseurs canadiens sont protégés et uniquement pour la retransmission " de leurs émissions canadiennes ". Par conséquent, cette acceptation du caractère essentiel des droits des créateurs n'amène pas inexorablement Keyes et Brunet à recommander l'adoption de droits égaux pour tous les créateurs, indépendamment de leur rôle ou de leur nationalité.

Cette proposition de Keyes et Brunet illustre bien la souplesse qui devrait caractériser toute loi sur le droit d'auteur et sa capacité d'atteindre des objectifs sociaux d'une nature plus globale que la seule protection des droits des créateurs. Si l'on s'en tient à la distinction notoire, élaborée par Keyes et Brunet, entre les oeuvres protégées et celles qui ne le sont pas, le gouvernement canadien dispose de la plus grande flexibilité en ce qui a trait aux technologies modernes à l'égard desquelles il n'est pas lié par les traités internationaux sur le droit d'auteur. L'un des exemples les plus connus de cette élasticité de la loi sur le droit d'auteur est la " clause d'impression " contenue dans la **Chase Act** de 1891 aux États-Unis, laquelle a pu être adoptée parce que les États-Unis n'étaient pas membres de l'Union de Berne sur le droit d'auteur. On s'attend à ce que le Congrès renonce à utiliser cette clause en 1982, en partie parce que certains responsables américains désirent que leur pays se joigne à l'Union de Berne. En vertu de cette clause, certaines oeuvres devaient être imprimées aux États-Unis pour bénéficier de la protection prévue dans la loi, ce qui constituait évidemment un stimulant important pour l'industrie américaine de l'imprimerie.

Pour en revenir à l'adoption d'un droit de retransmission au Canada, le gouvernement fédéral devrait accorder une protection particulière à certains créateurs, en se laissant guider dans son choix par ses objectifs sociaux plutôt que par des postulats abstraits puisés dans la loi sur le droit d'auteur. Ce principe des objectifs sociaux devrait être incorporé au droit de retransmission ou à tout autre nouveau droit.

Avantages réels

Étant donné que l'adoption d'une nouvelle loi et que la création d'institutions judiciaires ou quasi judiciaires sont onéreuses, on ne devrait y recourir que si les titulaires de droits d'auteur en retirent des avantages financiers, ou autres, assez substantiels. Dans le cas qui nous occupe, l'adoption d'un droit de retransmission ne serait justifié que si les télédiffuseurs, les titulaires de droits d'auteur, ou les deux, en recevaient des avantages importants sous la forme de redevances de retransmission, de substitution différée d'émissions, ou les deux à la fois.

Simplicité des mécanismes de distribution

Toute loi, y compris une loi sur les droits d'auteur, est d'autant mieux acceptée par le public qu'elle est simple. Dans une loi prévoyant la répartition de certains biens, des dispositions simples restreignent les possibilités de litiges coûteux, complexes et interminables entre les requérants. La disposition instituant un droit de retransmission devrait identifier clairement les débiteurs et les bénéficiaires du paiement des droits et devrait également, lorsque c'est faisable, prévoir des formules simples permettant de calculer ces paiements, en limitant autant que possible les catégories de payeurs et de bénéficiaires.

Fiabilité des données

Corrolaire des principes précédents, on devrait pouvoir se servir de données valides et fiables pour utiliser les formules de calcul et de distribution des droits d'auteur. Les données recueillies à la suite d'enquêtes ou d'études de marché sont généralement moins sûres que les données comptables. Ainsi, si l'on voulait modifier les redevances de droits d'auteur versées par les télédistributeurs en fonction de leur auditoire, il serait plus facile d'établir avec certitude le nombre d'abonnés d'une entreprise que de déterminer le nombre de téléspectateurs d'un canal quelconque diffusé par un télédistributeur. Il faudrait entreprendre des études de marché pour délimiter le nombre de téléspectateurs par canal. Toutefois, il n'est ni efficace ni rentable pour les sociétés s'occupant de sondages ou d'études de marché d'obtenir les taux élevés de réponses nécessaires pour déterminer avec une relative certitude le comportement des consommateurs. En outre, les marchés restreints ne se prêtent pas souvent aux sondages.

Les données recueillies à la suite de sondages ou d'études de marché pourraient, théoriquement, fournir une meilleure idée des avantages perçus par un télédistributeur grâce à la diffusion des signaux d'un télédiffuseur donné, permettant ainsi de calculer les droits d'auteur que le télédistributeur devra verser. Cependant, on

devrait plutôt se baser sur le nombre d'abonnés d'un télédistributeur, ou sur d'autres données de nature comptable, parce que celles-ci sont moins sujettes à interprétation et à litige.

Simplicité des mesures administratives et des mécanismes de règlement des litiges

Il s'ensuit en outre que l'on devrait simplifier dans la mesure du possible toutes les dispositions relatives à l'administration financière, à la modification du taux des redevances afin de tenir compte de l'inflation, ou au règlement des litiges. On ne devrait pas en principe créer de nouveaux organismes chargés d'appliquer la réglementation, mais plutôt attribuer de nouvelles fonctions à ceux qui existent déjà.

Une politique uniforme en matière d'affaires extérieures

Dans le cadre des relations bilatérales canado-américaines, il importe de faire une distinction entre les litiges où l'attitude du gouvernement américain est dictée par l'intérêt national des États-Unis et ceux où son comportement résulte des pressions exercées par un groupe d'intérêt influent aux États-Unis. Lorsqu'il s'agit d'une question fondamentale pour les intérêts américains, par exemple un problème d'énergie ou de ressources en eau, il ne serait pas nécessaire pour le Canada d'insister sur la poursuite d'une politique uniforme, celle-ci devant plutôt refléter l'importance que le Canada attache au problème qui fait l'objet des négociations. Lorsqu'il s'agit d'une question vitale pour les États-Unis, les négociations entre les deux pays seront vraisemblablement marquées au coin de la réciprocité. Les États-Unis désirent atteindre certains objectifs et sont donc prêts à faire certaines concessions.

Toutefois, lorsque l'attitude du gouvernement américain découle des efforts d'un groupe de pression, sa position au cours des négociations ne reflètera pas seulement son intention d'atteindre certains objectifs, mais aussi sa volonté de conciliation à l'égard de ces groupes de pression. Dans ce cas, une attitude contradictoire ou peu déterminée de la part du gouvernement canadien pourrait être interprétée comme une preuve de sa docilité face aux pressions américaines. Les groupes de pression américains pourraient alors demander à leur gouvernement de se montrer plus exigeant dans les négociations bilatérales. Si le gouvernement canadien n'adopte pas une ligne de conduite ferme et résolue, le gouvernement américain pourrait éprouver certaines difficultés à convaincre les groupes de pression que l'attitude du Canada est fermement arrêtée et que les menaces américaines ne l'infléchiront pas. Bien au contraire, un recul des États-Unis au cours des négociations serait probablement considéré comme de l'incompétence ou de la faiblesse de la part du gouvernement, plutôt que comme une preuve de la détermination du gouvernement canadien.

Le droit d'auteur, les questions d'ordre culturel et relatives à la télédiffusion ne présentent généralement pas grand intérêt pour les États-Unis, mais ils sont extrêmement importants pour les groupes de pression influents, comme les télédiffuseurs frontaliers. Les petits pays qui négocient avec de grands pays réalisent souvent qu'ils ont avantage à durcir progressivement leur position dans les négociations. Si le pays faible se montre suffisamment résolu, le pays fort est obligé de déterminer rationnellement si chaque question qui fait l'objet de négociations a vraiment un intérêt national vital.

Lorsqu'il s'agit réellement d'intérêts primordiaux pour les États-Unis, un petit pays qui négocie avec eux peut se montrer flexible, faire des compromis, changer d'orientation ou céder sur certains points. Toutefois, en ce qui concerne le droit d'auteur, la culture et d'autres questions importantes, mais pas nécessairement capitales pour les États-Unis, tout compromis ou toute hésitation pourraient inciter les groupes américains à redoubler de pressions sur leur gouvernement.

CONCLUSION

Nous avons soutenu au début de ce chapitre que le rythme de l'évolution technologique pourrait bien susciter à l'avenir une demande pour de nouveaux genres de droits. S'il existe effectivement un lien entre la complexité technologique et celle du droit d'auteur, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que la prochaine loi sur le droit d'auteur soit révisée bien avant les soixante ans qu'il aura fallu attendre avant de procéder à une révision globale de la loi actuelle. Les changements technologiques rapides obligeront à tout le moins les législateurs à adopter un certain nombre de modifications dans les années à venir.

Le fait que la loi sur le droit d'auteur soit en perpétuelle évolution signifie que l'on devrait prendre des précautions quant aux principes et pratiques adoptés dans la nouvelle loi. Nous avons suggéré sept principes qui devraient guider le gouvernement canadien dans l'élaboration de sa ligne de conduite en matière de droit d'auteur et de relations culturelles bilatérales avec les États-Unis : les avantages du droit d'auteur devraient être accordés principalement ou exclusivement aux oeuvres canadiennes, dans la mesure où les traités ratifiés par le Canada le permettent; ces avantages devraient être déterminés en fonction des intérêts légitimes des parties intéressées, mais aussi selon les besoins de la société en ce qui a trait à la production de certains genres d'information ou de produits de communications; on ne devrait prévoir la création de droits dans la nouvelle loi que si leurs titulaires peuvent en retirer des avantages monétaires, ou autres, substantiels; la loi devrait identifier clairement les débiteurs et les titulaires des redevances de droits

d'auteur et énoncer des règles claires et simples en ce qui a trait aux formules de distribution dans le cadre des systèmes de licence obligatoire; on devrait utiliser des données relativement incontestables pour la distribution des redevances, par exemple, des données comptables plutôt que des renseignements obtenus à la suite de sondages ou d'enquêtes de marché; les procédés administratifs et les mécanismes de règlement des litiges devraient être simples; on devrait les confier à des organismes en place plutôt que d'en créer de nouveaux; pour les raisons déjà exposées, le Canada pourrait trouver avantage à adopter une attitude ferme et constante en ce qui a trait à la promotion de sa culture, en utilisant le droit d'auteur et les autres moyens à sa disposition. Un comportement incohérent ou craintif risquerait d'inciter les groupes d'intérêt américains, comme les télédiffuseurs frontaliers, à redoubler d'efforts pour pousser le gouvernement des États-Unis à se montrer plus exigeant dans les négociations bilatérales en matière culturelle.

CHAPITRE 9

Solutions de rechange

par Conrad Winn

INTRODUCTION

Lorsqu'un gouvernement envisage l'adoption d'une nouvelle loi importante, il doit alors étudier les avantages et les inconvénients des autres solutions qui lui permettraient d'atteindre les mêmes objectifs. Les gouvernements ont parfois à leur disposition de nombreux moyens leur permettant d'atteindre un objectif quelconque. Le droit d'auteur n'est pas la seule manière pour le gouvernement d'améliorer la situation économique des créateurs; la politique fiscale, les subventions, les prêts à faible intérêt, la réglementation, l'impôt sur les sociétés, les quota d'importation et d'utilisation, les tarifs, la politique d'achat, entre autres, peuvent tous être structurés de façon à réduire les frais d'exploitation qu'encourent les créateurs, restreindre la concurrence qu'ils se livrent et agrandir leur marché, ou augmenter leurs revenus avant ou après impôt.

On pourrait s'inspirer d'un régime de licence obligatoire pour instaurer un système de taxe d'accise en matière de droit d'auteur. Ainsi, on imposerait aux télédistributeurs une taxe d'accise qui serait versée aux créateurs d'une façon semblable, quoique non identique, aux propositions de Keyes et Brunet ou du Conseil économique. Quant à la répartition des redevances, le système fondé sur la perception d'une taxe d'accise serait fort semblable à celui qui se base sur le versement de droits d'auteur; par exemple, les recettes provenant de la taxe d'accise pourraient être distribuées aux télédiffuseurs canadiens seulement (Keyes-Brunet) ou aux diffuseurs non commerciaux (Conseil économique). Toutefois, une taxe d'accise ne pourrait être imposée à même les recettes ordinaires des télédistributeurs, comme dans le cas des droits d'auteur, mais elle serait imposée en sus des recettes normales.

Les pays recourent souvent au protectionnisme économique pour adopter des " droits " dans leur droit administratif, ou dans une loi autre que celle sur le droit d'auteur. L'Islande, la Norvège, la Suède, la Finlande, le Danemark, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont prévu dans leur législation un " droit de prêt public " qui ne se retrouve pas dans leur loi sur le droit d'auteur. Les auteurs danois et néo-zélandais reçoivent des redevances en fonction du nombre de leurs livres que détiennent certaines bibliothèques. En Suède, les redevances versées aux auteurs sont partiellement payées en fonction du nombre de livres prêtés par les bibliothèques[1]. Le paragraphe (4) 1 du Texte de Rome de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques stipule que les citoyens des pays ayant ratifié la Convention de Berne bénéficient des droits prévus au sujet des oeuvres visées par la Convention, que la loi interne de tout pays signataire " pourrait accorder à ses citoyens ". Étant donné que la Convention protège les oeuvres littéraires, les pays l'ayant ratifiée seraient obligés d'accorder la même protection aux auteurs de tous les pays signataires si ce droit de prêt public était prévu dans la loi sur le droit d'auteur.

On pourrait condidérer que le fait d'adopter un droit de prêt public hors des cadres de la loi sur le droit d'auteur constitue un artifice qui viole l'esprit de l'Union de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur qui lui est étroitement associée. Certains pays membres de l'Union de Berne pourraient bien à l'avenir s'élever contre cette pratique. Mais, en réalité, l'adoption d'un tel droit de prêt n'est pas un moyen tellement différent d'un grand nombre d'autres moins évidents mais tout aussi efficaces, qui ont permis aux pays signataires des accords du GATT de contourner l'interdiction de la discrimination en faveur des industries nationales de ces pays.

En ce qui a trait aux émissions télédiffusées, il n'est pas nécessaire du point de vue juridique de prévoir ce droit de retransmission hors des cadres de la loi sur le droit d'auteur pour en restreindre la protection aux émissions canadiennes. Comme l'ont démontré Keyes et Brunet, les émissions télédiffusées ne sont pas protégées par les conventions que le Canada a ratifiées, ce qui lui permettrait de ne protéger que les émissions canadiennes s'il le désirait. La loi sur le droit d'auteur ne donnerait que peu d'arguments au gouvernement des États-Unis, aux télédiffuseurs et aux titulaires de droits d'auteur américains s'ils voulaient s'opposer à un droit de retransmission de nature protectionniste au Canada[2].

Toutefois, le droit international pourrait jouer un rôle moins important que l'attitude et les expectatives des États-Unis fondées sur le fait que le système de licences de retransmission confère une protection quelconque à certaines émissions canadiennes protégées par droit d'auteur. Cette protection pourrait en outre être considérée comme équitable, ou même généreuse. L'application actuelle du système

de licence américain faisant ressortir ces problèmes de droit de retransmission, toute tentative canadienne en vue de protéger les droits sur les émissions canadiennes hors des cadres de la loi sur le droit d'auteur ne passera sans doute pas inaperçue. Dans plusieurs domaines de l'économie nationale autres que la télédiffusion, les gouvernements peuvent utiliser des mécanismes discrets afin d'éviter les réactions étrangères face à leurs mesures protectionnistes, mais il n'existe pas de tels mécanismes en matière de télédiffusion. Les intérêts financiers importants des télédiffuseurs frontaliers américains sur leurs marchés au Canada les rend très sensibles aux moindres variations de la politique gouvernementale canadienne.

Le gouvernement fédéral pourrait en principe instaurer un système semblable à celui qu'ont proposé Keyes et Brunet par l'imposition d'une taxe d'accise aux télédistributeurs, dont le produit serait distribué aux diffuseurs canadiens. En pratique cependant, l'adoption d'une telle mesure en lieu et place d'un droit d'auteur pourrait provoquer des protestations encore plus vives de la part des télédiffuseurs frontaliers, dans la mesure où elle serait révélatrice d'une attitude hésitante de la part du gouvernement canadien.

La réaction américaine aurait probablement été moins violente face à une proposition comme celle qu'ont avancée Keyes et Brunet si le Canada avait adopté un système de licence obligatoire pour la retransmission avant que les États-Unis eux-mêmes ne l'aient fait. Si le système canadien avait été mis en place le premier, le gouvernement des États-Unis et l'industrie américaine du spectacle ne se seraient pas attendus à recevoir un traitement favorable, comme cela doit maitenant être le cas en raison du traitement en apparence équitable accordé aux signaux canadiens en vertu de la nouvelle loi sur le droit d'auteur des États-Unis[3].

S'il est prioritaire pour le gouvernement canadien de minimiser les pressions qu'exerce le gouvernement américain afin de concilier les intérêts des télédiffuseurs frontaliers et ceux de l'industrie américaine du spectacle, il faudrait alors adopter une attitude et une stratégie fermes, constantes et de plus en plus déterminées. Comme nous l'avons suggéré au chapitre 8, tout signe de faiblesse ou d'hésitation face aux pressions américaines pourrait constituer pour les États-Unis une invitation à accentuer encore ces pressions.

En guise de conclusion sur ce point, c'est en grande partie parce qu'il leur est ainsi permis de ne pas accorder une protection égale aux citoyens des pays signataires de la Convention de Berne que divers pays prévoient l'adoption de ce genre de droit hors des cadres de la loi sur le droit d'auteur. Mais cette tactique ne présente qu'un intérêt limité dans le cas qui nous concerne, parce que le Canada possède de toutes façons toute liberté juridique pour restreindre le droit de retransmission aux émissions canadiennes (rapport

Keyes-Brunet). Par ailleurs, la télédiffusion est un sujet si " saillant " que le choix d'un mécanisme discret comme une taxe d'accise, plutôt qu'une mesure plus visible comme la loi sur le droit d'auteur, ne fera pas une grande différence.

Dans le reste de ce chapitre, nous comparerons les avantages respectifs d'un droit d'auteur s'inscrivant dans le cadre d'un système de licence obligatoire ou statutaire, par rapport aux questions suivantes : caractéristiques inhérentes au droit d'auteur; droits exclusifs sur les émissions; paiement par l'utilisateur; compensation aux créateurs; encouragement de certains genres d'activités créatives; et considération des solutions de rechange comme des mesures de complément ou de remplacement.

CARACTÉRISTIQUES INHÉRENTES AU DROIT D'AUTEUR

La loi sur le droit d'auteur possède au moins deux caractères intrinsèques qui la distinguent des autres moyens dont dispose le gouvernement pour mettre en oeuvre sa politique : d'une part, le droit d'auteur est le mécanisme hatibuellement utilisé pour faire payer les usagers et en distribuer les redevances aux créateurs, et, d'autre part, les lois en matière de droit d'auteur sont généralement révisées ou remplacées moins fréquemment que de nombreuses autres mesures.

Dans les démocraties industrielles modernes, on a normalement recours au droit d'auteur pour faire payer les utilisateurs d'oeuvres créatives et en répartir les redevances aux créateurs. Or, on peut contribuer à la pérennité des démocraties parlementaires en s'assurant que les principaux participants au processus politique et, dans la mesure du possible, le grand public, comprennent sans difficulté les activités et fonctions de l'État. Si l'on comprend bien les activités gouvernementales et qu'on les estime importantes, on les jugera fort probablement efficaces et légitimes. Ainsi, la protection des intérêts économiques des télédiffuseurs ou des titulaires de droits d'auteur dans les émissions retransmises devrait être incorporée à la loi sur le droit d'auteur, plutôt que d'être assurée autrement, à moins que des preuves très convaincantes ne donnent à penser que le Canada en retirerait des avantages substantiels.

Outre le fait qu'il s'agit de la méthode habituellement utilisée pour percevoir et distribuer les redevances, le droit d'auteur se distingue aussi par le fait qu'il est, en règle générale, rarement révisé. Par conséquent, si une loi sur le droit d'auteur est bien conçue, elle constitue un instrument relativement efficace puisqu'elle présuppose de moindres coûts que les autres mécanismes sujets à de plus fréquentes révisions. La loi actuelle aura probablement duré au moins trois générations avant qu'on ne la remplace. Cette stabilité de la loi sur le droit d'auteur permet aux parties intéressées de planifier à long terme. Savoir que leurs gains et pertes monétaires s'étendront sur

une longue période représente un avantage considérable pour les entreprises qui hésitent souvent à investir en raison, par exemple, de la politique fiscale qui peut changer avec le gouvernement. En outre, la pérennisation de la loi sur le droit d'auteur peut être indirectement un atout en ce sens que les parties intéressées ne seront pas tentées d'y faire apporter des modifications pour des raisons mineures. Il pourrait s'exercer moins de pressions sur les gouvernements, en particulier de la part des gouvernements étrangers, qu'il ne pourrait y en avoir si la situation était régie par le droit administratif, ou par l'organisme chargé d'appliquer la réglementation.

EXCLUSIVITÉ

On nous a demandé d'étudier dans quelle mesure " ... la loi sur le droit d'auteur permettrait de résoudre le problème que pose apparemment la retransmission par câble des signaux américains télédiffusés et la protection des droits exclusifs de radiodiffusion achetés par des stations canadiennes ". Bien que certains télédiffuseurs canadiens achètent le droit exclusif de diffuser au Canada certaines émissions réalisées aux États-Unis, ils ne peuvent exercer ce droit en raison de la retransmission de ces mêmes émissions au Canada par des stations américaines frontalières elles-mêmes retransmises par les télédistributeurs canadiens. Nous traitons, dans la conclusion du présent rapport, de la question de savoir s'il convient ou non de renforcer les voies d'exécution de ce droit exclusif, mais si le gouvernement canadien doit adopter des mesures, il serait utile de se demander s'il vaut mieux qu'il ait recours à la loi sur le droit d'auteur ou à la réglementation du CRTC, par exemple.

Les règlements actuels du CRTC autorisent la substitution simultanée d'émissions. Ainsi, lorsqu'un signal américain et un signal canadien retransmis par un télédistributeur présentent simultanément une émission américaine identique, le télédistributeur peut y substituer la version canadienne, en supprimant également la publicité présentée sur le canal américain. Le CRTC pourrait en principe étendre cette politique de substitution simultanée d'émissions au remplacement ou à la suppression des émissions différées. La substitution pourrait alors être faite lorsque l'émission est d'abord diffusée par la station canadienne, tandis que la suppression pourrait avoir lieu lorsque l'émission est diffusée premièrement par la station américaine.

Toutefois, il serait préférable d'utiliser la loi sur le droit d'auteur plutôt que la réglementation du CRTC, puisque la suppression ou la substitution d'émissions touchent à la protection de droits formels aux fruits de la créativité, lesquels sont très anciens[4]. Il serait particulièrement souhaitable d'avoir recours au droit d'auteur du point de vue des relations canado-américaines, parce que la

protection du droit d'auteur constitue un principe commercial auquel le gouvernement américain est sensible. Le gouvernement du Canada pourrait même envisager la possibilité d'étendre aux émissions retransmises dans différentes régions du Canada les dispositions relatives à la suppression ou la substitution d'émissions. Si la loi sur le droit d'auteur reconnaissait l'existence de droits régionaux de télédiffusion dans ces émissions, et si ces droits étaient protégés par une disposition permettant la suppression ou la substitution des émissions retransmises dans les régions canadiennes, le gouvernement des États-Unis ne serait peut-être pas tenté d'y voir une attitude purement protectionniste ou nationaliste. D'après la réaction américaine à l'égard des mesures prises par le gouvernement canadien, il serait préférable de ne pas recourir à la réglementation du CRTC pour pratiquer la suppression ou la substitution d'émissions américaines, puisque le CRTC semble plus préoccupé de favoriser la teneur en éléments canadiens que de protéger les droits d'auteur.

PAIEMENT PAR LES USAGERS

Comme nous l'avons laissé entendre au début de ce chapitre, le droit d'auteur n'est pas le seul moyen de faire payer les télédistributeurs. On pourrait par exemple leur attribuer un taux d'imposition particulier ou une taxe d'accise spéciale. Cependant, ni la première ni la seconde solution ne refléterait complètement les motifs justifiant l'imposition d'un système de licence obligatoire, dont l'un est d'appliquer à la retransmission des émissions le principe général voulant que les usagers paient pour utiliser ce que d'autres ont produit. En revanche, la loi sur le droit d'auteur traduit bien ce principe.

LA RÉMUNÉRATION DES CRÉATEURS

Dans une large mesure, on pourrait utiliser ces mêmes arguments pour traiter de la question de la compensation. Les créateurs (télédiffuseurs ou titulaires de droits spécifiques dans les émissions) recevraient une compensation pour la retransmission de leurs émissions à même le produit d'une taxe d'accise versée par les télédistributeurs, de subventions du gouvernement fédéral ou de ses organismes, d'un impôt levé sur les sociétés, ou d'autres moyens. Un système de subventions différerait cependant de la loi sur le droit d'auteur en ce que leur octroi comporte une part de discrétion administrative. Une taxe d'accise pourrait être conçue de façon à ressembler à n'importe quel système de licence obligatoire adopté en vertu d'une loi sur le droit d'auteur. Cependant, par sa nature même, le droit d'auteur traduit mieux le principe d'obligation qui constitue l'un des motifs justifiant l'adoption d'un système de licence obligatoire pour la retransmission.

De même, le droit d'auteur reflète inévitablement le principe voulant qu'on encourage la consommation collective de certains biens et services. Étant donné que la loi sur le droit d'auteur donne aux créateurs des avantages découlant de certaines habitudes de consommation dans le public, elle pourrait avoir des conséquences culturelles différentes de celles qu'auraient les autres moyens à la disposition du gouvernement. Ainsi, les subventions et bourses peuvent stimuler la production de biens culturels et récompenser les candidats compétents pour leurs créations mais elle ne gratifient généralement pas les auteurs en fonction du succès remporté par leurs oeuvres auprès du public.

L'encouragement de la consommation de ces biens est capital pour la politique en matière de culture et de télédiffusion et ce, pour deux raison. En premier lieu, les créateurs canadiens contribuent à la culture et à l'identité canadiennes dans la mesure où le public canadien a l'occasion d'apprécier leurs oeuvres. Nous ne voulons pas suggérer par là que les artistes prisés par une certaine élite ont moins de valeur que ceux qui sont appréciés par le grand public. Cependant, les artistes ou les créateurs qui connaissent du succès auprès d'une bonne part de l'élite font plus pour la culture canadienne que les artistes inconnus, tandis que les artistes populaires contribuent plus à l'identité nationale s'ils sont aimés de la majorité que s'ils ne le sont pas. Deuxièmement, les artistes, les créateurs et les entrepreneurs qui ont déjà connu un certain succès sur le marché canadien seront plus susceptibles d'en remporter davantage ici et d'en avoir sur les marchés internationaux que les artistes, créateurs et entrepreneurs qui n'ont pas fait leurs preuves. Le droit d'auteur constitue un moyen plus efficace que les subventions gouvernementales et autres mécanismes pour assurer la rémunération des artistes, des créateurs et des entrepreneurs prospères qui le demeureront sans doute. Étant donné les coûts élevés de la technologie, de la distribution et de la mise en marché dans les industries culturelles modernes, l'épanouissement de la culture canadienne repose sur une condition vitale quoique insuffisante : l'injection plus importante de capitaux.

L'INCITATION SÉLECTIVE À LA CRÉATION

Le genre de programmation que l'on veut encourager permet dans une certaine mesure de déterminer si le droit d'auteur constitue le meilleur moyen d'appuyer financièrement la production de certaines émissions. Nous en étudierons ici deux types : la programmation canadienne et les émissions réalisées par des producteurs indépendants, qu'elles soient canadiennes ou non.

Du point de vue de la politique des relations extérieures, le droit d'auteur aurait pu constituer une façon efficace d'encourager la production d'une programmation canadienne inspirée des propositions Keyes-Brunet, si la nouvelle loi canadienne avait été adoptée avant la

loi sur le droit d'auteur des États-Unis en 1976. Cependant, comme nous l'avons déjà souligné, les États-Unis pourraient s'attendre à ce que leurs émissions soient à l'avenir protégées dans le cadre d'un système de licence obligatoire au Canada, puisque les émissions canadiennes sont protégées en vertu de la loi américaine. Si le gouvernement canadien veut éliminer totalement la possibilité que des redevances soient payées aux titulaires de droits d'auteur dans les émissions américaines, il serait peut-être sage d'opter pour un autre mécanisme que le droit d'auteur.

Le droit d'auteur peut constituer un moyen efficace de récompenser et, partant, d'encourager les producteurs indépendants d'émissions de télévision. Le système de licence obligatoire pourrait prévoir des redevances plus élevées, par heure de diffusion, pour les producteurs indépendants que pour les télédiffuseurs. Dans la conclusion de ce rapport, nous étudions la possibilité d'adopter la proposition faite en 1971 par le Conseil économique du Canada qui suggérait de protéger les émissions non commerciales. On y envisage également la possibilité de modifier la proposition du Conseil économique de façon à autoriser le versement de redevances aux producteurs indépendants d'émissions diffusées par les télédiffuseurs non commerciaux, en plus des droits qui leur sont versés.

Étant donné qu'une grande partie des émissions non commerciales sont canadiennes et que cette proportion continuera d'augmenter avec l'abandon de la publicité par la Société Radio-Canada, la proposition du Conseil économique n'entraînerait pas de pertes de redevances substantielles. En outre, le versement de redevances aux producteurs indépendants d'émissions diffusées par les stations américaines non commerciales (PBS) pourrait se limiter aux émissions produites par des producteurs américains indépendants. On pourrait par la suite appliquer ces mesures aux producteurs indépendants non américains d'émissions diffusées par le réseau PBS, au moyen d'ententes bilatérales entre le Canada et divers autres pays. En outre, étant donné que les stations du réseau PBS achètent une grande partie de leurs émissions à des maisons de production qui entretiennent des rapports étroits avec des télédiffuseurs étrangers, le gouvernement du Canada pourrait envisager la possibilité de définir les producteurs indépendants en fonction de leur indépendance à l'égard de tout télédiffuseur, et non seulement à l'égard du diffuseur qui transmet l'émission.

Si le Parlement adoptait la proposition du Conseil économique sous la forme recommandée dans notre conclusion, il pourrait envisager la possibilité de conclure une entente bilatérale avec la Grande-Bretagne. Compte tenu du grand nombre d'émissions britanniques diffusées par les stations non commerciales américaines et canadiennes, les producteurs britanniques indépendants pourraient en retirer des redevances substantielles. Cette entente bilatérale avec la Grande-Bretagne exigerait obligatoirement que celle-ci accorde une

protection quelconque aux droits d'auteur sur les émissions canadiennes. Il serait également souhaitable que cette entente facilite la diffusion des émissions canadiennes à la télévision anglaise, par une diminution des quota d'émissions à contenu britannique.

SUBSTITUT OU COMPLÉMENT ?

Dans le présent chapitre, nous avons jusqu'ici considéré les taxes d'accise, les subventions gouvernementales et autres moyens comme des solutions de rechange à un droit de retransmission inscrit dans la loi sur le droit d'auteur. Toutefois, ce concept même d'interchangeabilité repose sur deux hypothèses que l'on pourrait remettre en question : d'abord, que ces mécanismes produisent des résultats facilement prévisibles; et ensuite, que le Canada pourrait mieux atteindre ses objectifs en matière de culture et de télédiffusion s'il utilisait un seul mécanisme (ou un nombre limité) et non plusieurs.

En faveur du recours à plusieurs mécanismes, il est bon de se rappeler l'intention avouée du gouvernement fédéral d'améliorer les conditions socio-économiques des personnes à faible revenu. Pour atteindre son objectif de redistribution, le gouvernement a dû recourir à l'impôt sur le revenu, aux subventions fédérales-provinciales à la santé, aux allocations familiales, aux subventions pour le transport public, etc. L'importance et l'ampleur de certains objectifs du gouvernement obligent à utiliser de nombreux mécanismes, sans oublier que certains instruments ne donnent pas toujours les résultats escomptés. Par exemple, lorsque le gouvernement a institué le système d'allocations familiales, ses partisans le justifiaient par l'appui qu'on devait accorder aux familles à faible revenu, tandis que ses détracteurs y voyaient un encouragement à la paresse et à la débauche. Par la suite cependant, lorsque les allocations familiales ont été intégrées au système d'impôt sur le revenu, elles ont perdu leur caractère de péréquation : elles étaient plus avantageuses pour les riches que pour les pauvres, puisqu'elles constituent un revenu non imposable.

La péréquation est essentielle à la stabilité de tout système politique, parce qu'elle a un effet d'intégration sur des personnes ayant des niveaux de revenus différents. De la même façon, la politique en matière de culture et de communications est vitale pour le Canada car elle rassemble des gens résidant dans différentes régions et appartenant à divers groupes ethniques et linguistiques. On peut donc soutenir à juste titre que le gouvernement du Canada devrait utiliser plusieurs des mécanismes étudiés dans ce chapitre, plutôt que de se limiter à quelques-uns d'entre eux.

CONCLUSION

Ce chapitre contient un thème essentiel : la loi sur le droit d'auteur ne constitue pas le seul instrument permettant de protéger les droits exclusifs sur les émissions, de verser une compensation aux titulaires de droits sur les émissions télédiffusées, ou d'atteindre certains autres objectifs connexes. Pourtant, comparativement à la taxe d'accise, à la réglementation du CRTC et aux autres mécanismes, pris ensemble ou séparément, la loi sur le droit d'auteur est à l'évidence le moyen le plus adéquat.

La principale raison poussant de nombreux pays à utiliser des mécanismes autres que le droit d'auteur est d'éviter d'accorder certains droits et avantages aux étrangers. La Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques et la Convention internationale sur le droit d'auteur assurent l'égalité des droits aux citoyens de tous les pays membres, tout au moins pour certaines oeuvres. La quasi-totalité des pays qui ont adopté un droit de prêt public l'ont fait hors des cadres de la loi sur le droit d'auteur, de sorte que les redevances ne sont payées qu'aux citoyens de ce pays. Toutefois, comme l'ont démontré Keyes et Brunet, les émissions télédiffusées ne sont pas protégées par les conventions que le Canada a ratifiées; il peut donc légalement ne protéger que les émissions canadiennes, même dans le cadre d'une loi sur le droit d'auteur. En outre, comme la télédiffusion est un point chaud, il importe peu sur le plan des relations canado-américaines que le Parlement choisisse de favoriser les émissions canadiennes au moyen d'un instrument modéré comme la taxe d'accise ou d'adopter une loi sur le droit d'auteur.

Le droit d'auteur s'est révélé être l'instrument le plus adéquat pour chacun des objectifs spécifiques étudiés dans ce chapitre. Par exemple, les redevances pourraient être distribuées aux titulaires de droits d'auteur à même un fonds alimenté par une taxe d'accise imposée aux télédistributeurs, d'une façon analogue au système de licence obligatoire en matière de droit d'auteur. Toutefois, cette taxe d'accise ne produirait pas un revenu basé sur les recettes de la télédistribution et ne refléterait donc pas aussi bien qu'un système de droit d'auteur le principe du paiement par les usagers.

Pour donner un autre exemple, on pourrait continuer à se servir principalement de la réglementation du CRTC pour protéger les intérêts des titulaires de droits canadiens sur les émissions réalisées aux États-Unis. Les règlements du CRTC permettant la substitution d'émissions simultanées pourraient être élargis de façon à englober la suppression et la substitution différées. Toutefois, du point de vue des relations canado-américaines, il ne serait peut-être pas sage d'utiliser les règlements du CRTC plutôt que la loi sur le droit d'auteur pour atteindre cet objectif. Les États-Unis seraient peut-être plus disposés à percevoir la substitution d'émissions comme une

tentative désintéressée visant à protéger des droits économiques si cette mesure était inhérente à la loi sur le droit d'auteur, plutôt que si elle émanait du CRTC, organisme auquel on pourrait attribuer des motifs purement nationalistes et protectionnistes.

Enfin, il est important de souligner que le droit de retransmission n'est qu'un des divers droits de télédiffusion que le Parlement devrait protéger. Dans leur rapport, Keyes et Brunet ont recommandé que les " ... organisations qui sont à l'origine des émissions canadiennes " obtiennent :

a) le droit d'enregistrer les sons ou les images de l'émission, ou les deux;

b) le droit de se servir d'un tel enregistrement pour :

(i) le radiodiffuser ou le diffuser,
(ii) faire entendre ou voir l'émission en public;

c) le droit de rediffuser l'émission[5].

La révolution technologique associée au développement de l'industrie du vidéodisque pourrait modifier fondamentalement les modes d'utilisation des émissions. Les économies remarquables que permettra de réaliser le vidéodisque laissent entrevoir la possibilité de nouveaux marchés secondaires très vastes pour les émissions télédiffusées. Le vidéodisque livrera une concurrence directe à la télédistribution et la retransmission secondaire de certains genres d'émissions. Même si une grande partie des prédictions extravagantes qui ont été faites au sujet de la croissance du vidéodisque ne se matérialisent pas, le gouvernement du Canada pourrait néanmoins être obligé de prévoir un système de licence spécialement adapté à cette industrie. Étant donné qu'il est nécessaire d'énumérer plusieurs droits spécifiques, et qu'il faudrait peut-être instituer des systèmes de licence obligatoire distincts pour la retransmission et pour le vidéodisque, la protection des émissions devrait être faite de façon équitable et organisée, la loi sur le droit d'auteur constituant à cet égard le mécanisme tout désigné.

NOTES

1. Le rapport **Le droit d'auteur au Canada** constitue une excellente source de renseignements sur les pratiques d'autres pays en matière de droit d'auteur. Voir pp. 118-123, " droit de prêt au public ".

2. Voir le mémoire présenté par l'Association du Barreau canadien au ministère de la Consommation et des Corporations, nº 30, 1979, pp. 7-13 et James Lahore, **Copyright** (Butterworths, Sydney, Australie, 1977). Ex-conseiller de l'Organisation mondiale sur la propriété intellectuelle, M. Lahore fait remarquer sans ambiguïté que " ... ni la Convention de Berne, ni la Convention universelle sur le droit d'auteur ne reconnaissent un droit d'auteur sur les enregistrements sonores ou les émissions de télévision ". (p. 15).

3. Voir nos commentaires sur le traitement apparemment inéquitable accordé aux intérêts canadiens par le Copyright Royalty Tribunal des États-Unis dans l'application du système de licence obligatoire, chapitre 7, **Questions d'ordre administratif et réglementaire.**

4. Sur les origines du droit d'auteur en droit juif et romain, voir Edward J. Ploman et L. Clark Hamilton, **Copyright** (Londres, Routledge et Paul Kegan, 1980), pp. 6-8.

5. **Le droit d'auteur au Canada**, p. 117.

CHAPITRE 10

Conclusions et recommandations

par Robert E. Babe et Conrad Winn

CONCLUSIONS

Le ministère des Communications nous a chargés d'évaluer, du point de vue de la politique canadienne des communications, les avantages et les inconvénients des propositions de Keyes et Brunet quant à l'adoption d'un droit de retransmission à l'égard du contenu canadien des émissions canadiennes, et de proposer des solutions de rechange. Pour mener cette tâche à bien, nous avons dû déterminer si, indépendamment des recommandations de Keyes et Brunet, le droit d'auteur constitue en soi un moyen adéquat pour mettre en oeuvre une politique en matière de communications.

En structurant le droit de reproduire ou de présenter des oeuvres individuelles, le droit d'auteur constitue à la fois une façon de verser une compensation financière aux créateurs pour les oeuvres déjà réalisées et une incitation à en produire d'autres. Bien entendu, toute forme d'activité économique n'est exercée que dans le cadre d'un système juridique de propriété; en ce sens, le droit d'auteur ne diffère pas des autres aspects du droit de propriété.

Par l'instauration d'une politique canadienne des communications, nous entendons, pour une part, qu'il faut établir un mécanisme permettant de stimuler, de récompenser et de présenter certains genres d'activités culturelles, notamment les oeuvres créatives canadiennes, beaucoup plus qu'on ne le fait présentement. Dans la mesure où le système de droit d'auteur contribue à structurer les marchés et les mesures incitatives à toute activité culturelle, il est clair qu'il s'agit d'un moyen efficace d'atteindre les objectifs en matière de communications.

On peut recourir à la loi sur le droit d'auteur non seulement pour déterminer les sommes que les télédistributeurs devraient payer pour avoir le droit de retransmettre des émissions, mais aussi le mode de répartition des redevances entre les parties intéressées. Il est essentiel pour la politique canadienne en matière de culture et de télédiffusion de décider à qui ces redevances devraient être distribuées, et dans quelle proportion. Cette répartition contribuera à définir le genre et le nombre des émissions de télévision qui seront réalisées à l'avenir au Canada.

Comme nous l'avons décrit en détail au chapitre 3, le système de propriété actuel dans le domaine de la télédiffusion (ce qui comprend la loi sur le droit d'auteur) n'a pas donné les résultats attendus, compte tenu des ressources financières à la disposition des industries concernées. Le secteur privé de la télévision canadienne et l'industrie de la télédistribution sont extrêmement rentables, mais le secteur privé de l'industrie de la production d'émissions canadiennes est sous-développé. C'est surtout le secteur public qui a respecté de façon notable les obligations relatives au contenu canadien des émissions prévu dans la **Loi sur la radiodiffusion**, mais on peut fort bien concevoir que les producteurs indépendants y contribueraient également, s'ils en avaient l'occasion.

En vertu du système de propriété actuel, les télédistributeurs peuvent diffuser, sans verser de droits d'auteur aux titulaires, les émissions diffusées simultanément par les télédiffuseurs classiques, et percevoir un certain montant de leurs abonnés à cet égard. En retransmettant des signaux éloignés, ils peuvent aussi passer outre aux droits exclusifs achetés par les stations locales, sauf dans les cas où ces stations locales et les stations éloignées diffusent **simultanément** une émission identique; toutefois, c'est dans les règlements du CRTC que l'on retrouve cette dernière restriction, et non dans la loi sur le droit d'auteur. Les télédistributeurs n'ont pas le droit d'enregistrer sur magnétoscope des émissions de télévision afin de les rediffuser par la suite, sans entente avec le titulaire des droits d'auteur. Les lignes directrices prévues dans la réglementation (par opposition à la loi sur le droit d'auteur) interdisent aux télédistributeurs de supprimer les messages publicitaires des émissions qu'ils retransmettent et d'y substituer leurs propres messages. Cependant, en l'absence d'une telle interdiction dans les règlements, il semblerait que la loi actuelle sur le droit d'auteur n'interdirait pas aux télédistributeurs la suppression et la substitution des messages publicitaires.

Pour diverses raisons, l'exploitation d'une entreprise de télédistribution est extrêmement rentable, entre autres : l'inexistence de droits d'auteur, l'absence de contrôle des bénéfices de l'entreprise, son statut monopolistique, ainsi que sa popularité auprès du public. Nous estimons que les recettes avant impôt de cette

industrie, outre les coûts encourus pour attirer de nouveaux capitaux, ont été de 20 millions de $ en 1977 et de 29 millions en 1978. Au fur et à mesure qu'on y ajoutera de nouveaux services, que le taux de pénétration s'accroîtra et que des tarifs plus élevés seront accordés, l'industrie de la télédistribution verra son taux de rentabilité augmenter considérablement.

Nous avons également constaté que les forces du marché déterminées par le système de propriété actuel ne contribuent pas à la réalisation des objectifs contenus dans la **Loi sur la radiodiffusion**, en ce qui a trait aux réseaux privés de télévision. Que l'on traite de la diversité des émissions, des horaires, de l'emploi, des statistiques de l'auditoire, ou de l'achat des émissions, on peut conclure sans risque de se tromper que le réseau public de télédiffusion constitue le meilleur moyen d'atteindre les buts fixés au sujet du contenu canadien des émissions.

En raison du caractère fermé du marché, le Canada est privé dans une large mesure des talents créatifs des maisons de production indépendantes. À moins que l'industrie ne soit fondamentalement restructurée, il est peu vraisemblable que l'on puisse inciter le secteur privé de la télévision canadienne à remédier à cet état de fait. Là encore, l'achat d'émissions indépendantes par la Société Radio-Canada et les entreprises provinciales de télédiffusion constitue la solution la plus intéressante. (Pour des questions de principe toutefois, nous sommes en faveur de la production d'émissions indépendantes par le réseau CTV et les autres stations du secteur privé.)

Nous avons analysé en détail deux importantes propositions visant à imposer aux télédistributeurs le paiement de droits d'auteur pour la retransmission d'émissions. Keyes et Brunet ont recommandé l'institution d'un " droit de retransmission " en vertu duquel la protection du droit d'auteur serait accordée " au moyen d'un droit de rediffuser, aux émissions canadiennes d'oeuvres canadiennes ". Le Conseil économique du Canada a recommandé pour sa part que des droits d'auteur soient payés lorsque des émissions non commerciales sont retransmises, ou lorsque les messages publicitaires sont supprimés et remplacés dans le cas des émissions commerciales. Ni le rapport Keyes-Brunet, ni les recommandations du Conseil économique ne traitent du problème des droits exclusifs sur certaines émissions, face à l'importation de signaux éloignés par câble, sujet auquel le Comité Clyne s'est attardé.

Les recommandations de Keyes et Brunet se distinguent en ce sens que des redevances de droits d'auteur pour la retransmission ne seraient pas versées aux titulaires américains. Une telle restriction pourrait être souhaitable si le Canada cherchait à satisfaire, à court terme, ses propres intérêts; le fait de priver le secteur culturel

américain de recettes provenant de la retransmission de ses émissions au Canada se justifie en un sens sur le plan pratique, puisque le Canada paie déjà un montant considérable en redevances aux États-Unis, et aussi en raison du fait que tous ces transferts de redevances ne résultent pas d'un libre échange de biens culturels au delà des frontières. La " clause d'impression " qui existe depuis longtemps dans la loi sur le droit d'auteur aux États-Unis constitue l'un des exemples les plus connus de mécanisme entravant les échanges normaux de biens culturels, afin d'accorder un certain avantage aux entreprises américaines. Toutefois, si on analysait cette question en termes d'éthique et de moralité, on pourrait en venir à la conclusion que le Canada devrait reconnaître l'existence des intérêts des titulaires de droits d'auteur américains dans sa loi.

La grande rentabilité des entreprises de télédistribution s'explique d'abord par la retransmission des signaux télévisés en provenance des États-Unis, ce qui justifie moralement le paiement éventuel de redevances. En outre, bien que Keyes et Brunet soulignent à juste titre que les obligations du Canada ne s'étendent pas à la télédiffusion aux termes du traité international sur le droit d'auteur, l'absence de discrimination fondée sur la nationalité ou l'origine constitue un caractère marquant des traités internationaux sur le droit d'auteur. La politique extérieure du Canada a toujours été marquée au coin du respect de l'ordre et de l'équité au sein de la communauté internationale. Compte tenu de la complexité de ce problème et de la divergence de vues, on pourrait adopter diverses attitudes sur cette question : est-il moral, ou est-il dans l'intérêt du Canada, de ne pas accorder (en tout ou en partie) aux entreprises américaines les avantages qu'accorderait un droit de retransmission dans la loi canadienne ?

Indépendamment de ces questions morales et des principes internationaux, on pourrait se demander si les propositions de Keyes et Brunet constituent la méthode la plus efficace pour tirer le meilleur parti des relations particulières qui existent entre le Canada et les États-Unis. Ceux-ci ont maintenant adopté un système de droit d'auteur qui traite en principe les oeuvres protégées par droit d'auteur dans les émissions canadiennes retransmises aux États-Unis sensiblement de la même façon que les émissions américaines équivalentes. Deux ans après la publication de **Le droit d'auteur au Canada**, la Société Radio-Canada demandait qu'on lui paie des redevances dans le cadre du système américain. Bien que la radio de la Société Radio-Canada n'ait reçu aucune redevance, et que les redevances accordées à la télévision de Radio-Canada ne représentent qu'une faible part de ce qu'elle s'attendait à recevoir, la Société recevra néanmoins un certain montant de redevances. Pour un observateur non averti, la loi américaine peut sembler très raisonnable et équitable, tandis que les propositions du rapport Keyes-Brunet peuvent paraître discriminatoires, compte tenu de

leur simplicité. Dans le chapitre 7, qui traite des **Questions d'ordre administratif et réglementaire**, nous avons souligné que les procédures administratives du système de droit d'auteur américain entraînent une importante discrimination à l'égard des intérêts canadiens, mais ce genre de détail est souvent omis, ou est mal compris. Si les propositions Keyes-Brunet étaient adoptées, cette discrimination prévue dans la loi canadienne pourrait devenir un problème litigieux dans les relations bilatérales entre les deux pays, plutôt que de constituer une pratique discriminatoire contenue dans la loi américaine. En matière de diplomatie internationale comme ailleurs, la meilleure défense est souvent l'attaque.

La proposition du Conseil économique au sujet du paiement de droits d'auteur pour toutes les émissions non commerciales retransmises ne comporte aucune discrimination contre les intérêts américains. Elle n'entre donc pas en contradiction avec les principes moraux de la politique extérieure, qui tendent à bannir la discrimination fondée sur la nationalité. En pratique, les stations du réseau de télédiffusion public des États-Unis dont les émissions sont transmises au Canada recevraient des redevances. Étant donné que les stations du réseau PBS ne représentent qu'une minorité de toutes les stations dont les émissions sont retransmises au Canada, particulièrement si on y inclut la retransmission locale, les redevances payées à l'étranger ne représenteraient qu'une faible partie des montants versés par les télédistributeurs canadiens.

À notre avis, la proposition du Conseil économique du Canada est avantageuse dans la mesure où elle n'est pas discriminatoire; elle est relativement neutre sur le plan des relations extérieures et elle prévoit que la plus grande partie des redevances de retransmission resteraient au Canada. Il faut cependant se pencher sur une question plus fondamentale, soit les objectifs de la politique canadienne en matière de communications.

Keyes et Brunet proposent que les télédistributeurs versent des droits d'auteur à tous les télédiffuseurs, tant commerciaux que les autres. Dans toute émission télédiffusée et retransmise par câble, il y a généralement plusieurs titulaires de droits d'auteur sur le contenu de l'émission. L'expérience américaine en cette matière donne à penser qu'une augmentation du nombre et du genre de requérants dans la loi sur le droit d'auteur accroîtrait les risques d'incertitude, de conflits et de litiges. La proposition de Keyes et Brunet visant à n'accorder un droit de retransmission qu'aux télédiffuseurs n'est pas déraisonnable.

Cependant, l'idée d'exiger que des paiements soient faits tant aux diffuseurs commerciaux qu'aux autres pourrait s'avérer inefficace du point de vue de la politique canadienne en matière de communications. Les redevances versées aux télédiffuseurs commerciaux n'entraîneront la production d'un plus grand nombre d'émissions

canadiennes et de meilleure qualité que dans la mesure où ces fonds sont effectivement consacrés à la production d'émissions. Il pourrait s'avérer difficile de s'assurer que les fonds ne serviraient qu'à cette fin, à moins de restructurer fondamentalement le réseau public de télédiffusion. Au chapitre 3, **Les droits de propriété en matière de télédiffusion**, nous avons constaté que les superbénéfices de l'industrie privée de la télévision canadienne et le sous-développement du secteur privé de la production d'émissions continuent à aller de pair.

La distinction faite par le Conseil économique du Canada entre la télévision commerciale et la télévision non commerciale est utile, parce qu'elle reflète la réalité des comportements différents des réseaux de télévision publics et privés, dans le cadre du système actuel de propriété. Le réseau public a beaucoup mieux atteint les objectifs de contenu canadien fixés dans la **Loi sur la radiodiffusion** que ne l'a fait le réseau privé. Rien ne nous permet de dire que les choses vont changer à cet égard.

Les redevances versées aux télédiffuseurs publics seront vraisemblablement consacrées à la programmation. Ces recettes additionnelles ne seront sans doute pas dépensées en diversifications, en dividendes ou en prix gonflés pour l'acquisition d'entreprises de télédiffusion, ce qui serait le cas si ces redevances étaient versées aux télédiffuseurs privés. En outre, le gouvernement fédéral pourrait probablement mieux encourager la production d'émissions indépendantes en dirigeant ces recevances vers le réseau public de télédiffusion plutôt que vers la télévision commerciale. D'un point de vue pratique, nous ne voyons pas l'avantage qu'il y aurait à transférer purement et simplement des fonds d'une industrie rentable à une autre, si cela ne doit pas avoir pour résultat probable d'améliorer le rendement au chapitre de la programmation. Cela constitue la principale faiblesse des recommandations du rapport Keyes-Brunet.

Nous laisserons maintenant de côté la question des avantages financiers que pourrait procurer un droit de retransmission, pour traiter des droits exclusifs. La menace qui pèse sur les droits exclusifs achetés par les télédiffuseurs a plusieurs facettes. L'un des problèmes fondamentaux vient de ce que ces droits, dûment achetés par les télédiffuseurs classiques, sont fréquemment transgressés par l'importation d'émissions par câble, problème que l'évolution technologique risque d'amplifier dans les années à venir.

La réunion de la technologie des satellites de communications et des réseaux de télédiffusion accordant des contrats de franchises locales à travers le pays rend possible et probable la venue de nouvelles entreprises nationales de télédiffusion, dont les émissions seraient diffusées à partir d'un seul point géographique. Le fait qu'elles diffusent sur tout le territoire leur permettrait de

concurrencer les stations et les réseaux de télédiffusion conventionnels pour l'achat de droits exclusifs sur les émissions. En vertu de la loi actuelle sur le droit d'auteur, les télédiffuseurs conventionnels terrestres ne seraient sans doute pas empêchés de capter des signaux émis par des satellites grâce à des stations terrestres et de les retransmettre simultanément sur leur propre réseau sans payer de droits d'auteur. Cette appropriation gratuite de signaux transmis par satellite pour les diffuser ressemble à celle que font les télédistributeurs des signaux télédiffusés pour les retransmettre par câble. On doit donc tenir compte de ce double contexte pour étudier la question de la protection du droit d'auteur dans le cas de l'achat de droits exclusifs.

Si la nouvelle **Loi sur le droit d'auteur** accorde un droit exclusif de retransmission aux entreprises qui réalisent les émissions et les distribuent par satellite, empêchant ainsi les diffuseurs terrestres de retransmettre les signaux par satellite sans autorisation, ou sans compensation, la plus grande couverture assurée par les satellites pourrait menacer la pérennité de certains, ou même plusieurs, réseaux et stations terrestres. Par contre, si l'on n'accorde pas un droit exclusif de retransmission aux diffuseurs par satellite, ils pourraient eux-mêmes encourir des pertes financières si l'usage non autorisé de leurs émissions se répandait. Il serait injuste d'accorder un droit exclusif de retransmission aux entreprises qui diffusent des émissions par satellite, sans accorder ce même droit aux télédiffuseurs conventionnels qui doivent faire face à l'importation et à la retransmission d'émissions par câble.

Nous sommes d'avis que la future loi sur le droit d'auteur devrait prévoir l'octroi de droits exclusifs afin d'assurer le développement harmonieux du marché, tant pour les télédiffuseurs terrestres que ceux qui diffusent par satellite. L'appropriation gratuite des émissions aux fins de retransmission, comme le permet actuellement la **Loi sur le droit d'auteur**, risque d'entraîner le chaos dans les années à venir.

Nous nous préoccupons du fait que l'existence de nombreux diffuseurs terrestres, et particulièrement les petits, pourrait être menacée par l'octroi de licences de télédiffusion à des entreprises diffusant leurs émissions par satellite et disposant de droits exclusifs sur leurs émissions. Les médias locaux sont essentiels au maintien de la démocratie et de la vie culturelle locales. Cependant, nous ne pensons pas qu'on résoudra adéquatement ce dilemme en persistant à ne pas faire respecter les droits exclusifs.

Ce n'est pas la loi sur le droit d'auteur, mais la réglementation et les autres moyens à la disposition du gouvernement qui lui permettront d'assurer la survie des médias locaux. Le CRTC possède l'autorité nécessaire pour déterminer le nombre de producteurs

d'émissions qui pourront avoir accès aux satellites, et dans quelles conditions. Il a également toute compétence au sujet de la télédistribution des signaux transmis par satellite. Le CRTC devra donc mesurer la menace que représentent les réseaux de satellite pour les stations locales, par rapport aux avantages de ces nouveaux services. On peut également envisager ce déclin potentiel de la télédiffusion locale dans la perspective du dépérissement continuel de la presse locale. Le Cabinet fédéral peut recourir à la loi sur les coalitions, à des mesures fiscales et à d'autres moyens s'il veut encourager l'existence de ces médias autonomes au niveau local.

RECOMMANDATIONS

a) Nous recommandons l'adoption d'un système de licence obligatoire ou statutaire pour la retransmission par câble des émissions de télévision; les redevances versées par les télédistributeurs seraient calculées au prorata des recettes brutes. Ce pourcentage devrait être élevé (peut-être 20 p. 100 des recettes brutes au début[1]), et ajusté chaque année par un tribunal administratif ou un comité d'appel, afin que la majeure partie des recettes supplémentaires à celles qui sont nécessaires pour attirer des capitaux dans cette industrie soit consacrée aux secteurs de la télédiffusion et de la production d'émissions. Ce pourcentage pourrait être calculé en fonction d'une échelle mobile tenant compte de la taille de l'entreprise de télédistribution et de son taux de pénétration. Compte tenu du caractère monopoliste de l'industrie de la télédistribution, il existe peu de raisons de permettre aux entreprises de ce secteur de retenir des fonds supplémentaires à ce qui est nécessaire pour attirer les capitaux. Étant donné que les télédistributeurs font un usage rentable des signaux de télévision, nous estimons qu'ils devraient contribuer à réaliser les objectifs énoncés dans la **Loi sur la radiodiffusion.**

b) Nous recommandons que les redevances versées par chaque réseau de télévision par câble soient distribuées aux télédiffuseurs non commerciaux et aux producteurs indépendants dont les émissions sont diffusées par les télédiffuseurs non commerciaux en fonction du système de points suivant. Chaque télédiffuseur non commercial recevrait un (1) point pour chaque heure d'émission qu'il a **lui-même** produite sans l'aide de commanditaires et qui est redistribuée par un télédistributeur. Chaque télédiffuseur non commercial recevrait trois (3) points pour chaque heure d'émission produite de façon **indépendante,** sans l'aide d'un commanditaire et qui est redistribuée par un télédistributeur. Chaque producteur indépendant recevrait sept (7) points pour chaque heure d'émission non commanditée présentée à la télévision non commerciale et qui est redistribuée par un télédistributeur.

Le montant total des redevances dû par chaque télédistributeur et calculé en pourcentage des recettes brutes serait distribué mensuellement aux télédiffuseurs et aux producteurs indépendants y ayant droit. Les télédiffuseurs non commerciaux canadiens et étrangers (entendre, les Américains) et les producteurs indépendants canadiens et étrangers (soit les Américains et les autres) percevraient de chaque télédistributeur des redevances directement proportionnelles au nombre de points accumulés à l'égard de celui-ci.

Supposons que les recettes brutes mensuelles d'un télédistributeur aient été de 100 000 $ et que le pourcentage de redevances pour les droits d'auteur ait été fixé à 20 p. 100, ces redevances seraient donc de 20 000 $.

Supposons que ce télédistributeur ait retransmis les signaux de trois télédiffuseurs non commerciaux ayant fourni 100 heures de programmation maison non commanditées, ainsi que 4 heures d'émissions indépendantes non commanditées. Les radiodiffuseurs recevraient alors (100 heures X 1 point) + (4 heures X 3 points) = 112 points. Les producteurs indépendants recevraient (4 heures X 7 points) = 28 points. Les télédiffuseurs et les producteurs indépendants recevraient ensemble un grand total de 140 points de ce télédistributeur, pour le mois en question. On obtiendrait alors le calcul suivant : 20 000 $/140 = 142,86 $. Les télédiffuseurs recevraient (112 points X 142,86) = 16 000,32 $. Les producteurs indépendants recevraient (28 points X 142,86) = 4 000,08 $.

On peut raisonnablement penser que les musiciens, les acteurs, les auteurs et les autres créateurs réclameraient une partie de ces redevances au cours de leurs négociations avec les télédiffuseurs et les producteurs. Le fait d'attribuer 7 points aux producteurs indépendants et 3 points aux télédiffuseurs non commerciaux pour chaque heure de programmation indépendante sans publicité favorisera le recours aux producteurs indépendants. Si les télédistributeurs retransmettaient les émissions d'un seul télédiffuseur non commercial, le système de points proposé ne les encouragerait pas à faire appel aux productions indépendantes; cependant, la quasi-totalité des télédistributeurs diffusent les émissions d'au moins deux télédiffuseurs non commerciaux, et ce nombre ira vraisemblablement en augmentant à l'avenir. Lorsque les télédistributeurs retransmettent les émissions de plus d'un télédiffuseur non commercial, le système de points proposé constitue une incitation financière à recourir aux productions indépendantes.

c) Sur le plan administratif, nous recommandons qu'on définisse très soigneusement les producteurs indépendants comme des entités indépendantes des télédiffuseurs. Par conséquent, même si un producteur créait une société distincte, il ne serait pas considéré comme producteur indépendant au sens de la loi si cette société appartenait à un télédiffuseur.

d) Nous recommandons que le principe du système de licence obligatoire proposé ci-dessus s'applique, dans une **Loi sur le droit d'auteur** révisée, aux émissions étrangères et aux producteurs indépendants de ces émissions étrangères. Toutefois, nous recommandons que les télédistributeurs ne soient tenus de payer des redevances à ces télédiffuseurs et aux producteurs indépendants résidant à l'étranger, qu'après que le gouvernement fédéral aura reçu l'assurance que les intérêts des télédiffuseurs canadiens sont traités équitablement dans ce pays étranger, et qu'il ait émis un décret à cet effet. En ce qui concerne les États-Unis, les télédistributeurs ne seraient pas tenus de payer des redevances pour la retransmission des émissions du réseau PBS, ni pour la retransmission des émissions américaines indépendantes des stations canadiennes ou américaines non commerciales, jusqu'à ce que le gouvernement fédéral soit satisfait du traitement accordé aux intérêts canadiens dans le cadre du système de licence obligatoire des États-Unis. Dans le même ordre d'idées, les télédistributeurs ne seraient pas tenus de verser de redevances aux producteurs britanniques indépendants dont les émissions sont retransmises sur les stations non commerciales, jusqu'à ce que le gouvernement fédéral soit satisfait du traitement accordé aux intérêts canadiens en Grande-Bretagne. Le gouvernement fédéral pourrait envisager la possibilité d'offrir des droits de retransmission en échange d'un traitement plus favorable accordé aux producteurs canadiens dans le cadre du système britannique.

e) Nous recommandons que la **Loi sur le droit d'auteur** sanctionne les ententes contractuelles au sujet des droits exclusifs, en prévoyant une protection contre l'importation non autorisée de signaux éloignés par câble et contre la retransmission des signaux transmis par satellite. Les télédistributeurs seraient obligés, soit de supprimer les signaux éloignés lorsque ces stations diffusent des émissions sur lesquelles une station locale a acquis les droits exclusifs, soit, à leur choix, d'acheter le droit de retransmettre cette émission au titulaire de ces droits locaux. De la même façon, les télédiffuseurs locaux n'auraient pas le droit de retransmettre sans autorisation des émissions initialement diffusées par câble et distribuées par satellite.

f) Nous recommandons que les télédistributeurs soient tenus de payer des droits d'auteur chaque fois qu'ils suppriment des messages publicitaires pour y substituer leurs propres messages, mais que le CRTC n'autorise la suppression et la substitution des messages commerciaux qu'à l'égard des émissions canadiennes diffusées par les stations canadiennes.

CONSÉQUENCES DES RECOMMANDATIONS

Le lecteur remarquera que nous avons adopté les recommandations énoncées par le Conseil économique du Canada et celles du Comité consultatif des télécommunications et de la souveraineté canadienne (le Comité Clyne). Le Conseil économique a recommandé que les télédistributeurs paient des droits d'auteur pour la retransmission des émissions de télévision non commerciales, et pour les émissions financées par la publicité mais dont les messages commerciaux ont été supprimés et remplacés. Le Comité Clyne a recommandé que les droits exclusifs soient protégés contre l'importation de signaux éloignés par câble.

Nous évaluerons maintenant les conséquences des recommandations susmentionnées dans la perspective des télédiffuseurs non commerciaux canadiens et américains, des producteurs indépendants, des télédiffuseurs commerciaux canadiens, des télédistributeurs, des téléspectateurs et des objectifs de la **Loi sur la radiodiffusion.**

Les télédiffuseurs non commerciaux. Ce groupe est favorisé à de nombreux égards par les propositions que nous avons faites. En premier lieu, il profite directement des redevances versées par les télédistributeurs, chaque station percevant des recettes calculées au prorata des émissions non commerciales retransmises par câble. (Notre proposition viserait également les émissions de la télévision payante qui ne sont pas commanditées, mais notre intention première est que des droits d'auteur soient versés pour les émissions non commerciales diffusées sans frais directs pour les abonnés.)

En outre, si des droits d'auteur devaient être versés en cas de suppression et de substitution des messages publicitaires, les télédiffuseurs non commerciaux toucheraient des redevances pour la partie de leur programmation contenant de la publicité, dans la mesure où les droits d'auteur excéderaient la valeur commerciale des auditoires éloignés.

Cette proposition incite encore plus la Société Radio-Canada à réduire ses activités commerciales2, et on peut espérer qu'elle encouragera les nouveaux réseaux non commerciaux (comme les entreprises de télédiffusion provinciales) à lui emboîter le pas.

Les producteurs indépendants. Ils bénéficieront également de cette proposition dans la mesure où leurs émissions pourront être distribuées par les stations et les réseaux non commerciaux. Nous ne recommandons pas que les télédiffuseurs versent des droits d'auteur pour les émissions indépendantes financées grâce aux messages publicitaires puisque, d'une part, les productions canadiennes indépendantes diffusées par les télédiffuseurs commerciaux canadiens seront vraisemblablement peu complexes et de qualité inférieure, en raison du système d'incitation qui caractérise la télévision commerciale au Canada et, d'autre part, la majorité des redevances serait versée aux producteurs américains dont les émissions sont diffusées sur les stations américaines et canadiennes.

Les télédiffuseurs commerciaux canadiens bénéficieraient à de nombreux égards de nos propositions. En premier lieu, dans la mesure où la Société Radio-Canada aurait intérêt à réduire son contenu commercial, on peut s'attendre à ce que les recettes de publicité des radiodiffuseurs commerciaux augmentent. Ensuite, ils profiteraient de notre recommandation puisqu'elle réclame la sanction de l'exclusivité des droits en les protégeant contre l'importation de signaux télévisés par câble.

Enfin, les télédiffuseurs commerciaux accueilleraient favorablement la protection accordée contre la suppression et la substitution des messages commerciaux. Si celles-ci étaient appliquées aux stations canadiennes, ces dernières y gagneraient financièrement par rapport à la situation actuelle.

Les téléspectateurs canadiens retireraient des avantages à la fois de la diminution des activités commerciales de la Société Radio-Canada et du meilleur choix d'émissions indépendantes.

La suppression possible de signaux éloignés afin de protéger des droits exclusifs sur certaines émissions pourrait s'avérer désagréable pour certains téléspectateurs, si l'on présume que les télédistributeurs ne négocieront pas le droit de retransmettre ces émissions à ce moment-là. En outre, on peut s'attendre à une certaine augmentation des tarifs d'abonnement au câble, bien que nous soyons persuadés qu'il est possible de consacrer une grande partie des redevances versées par les télédistributeurs à la production d'émissions, sans qu'il soit nécessaire d'augmenter les tarifs d'abonnement au câble pour autant.

Les télédistributeurs. Étant donné que ce seront eux qui verseront les redevances, il se peut que les télédistributeurs s'objectent à certaines de nos propositions. Comme les licences d'exploitation leur sont octroyées dans un cadre monopolistique, on s'attendrait normalement à trouver dans nos propositions des règlements semblables à ceux qui existent en matière de services publics, avec les

complications habituelles en ce qui concerne les audiences sur les tarifs, la surveillance des projets de construction, etc. Tel n'est pas le cas cependant. Nous préférons proposer que les télédistributeurs soient tenus de verser des droits d'auteur; l'industrie de la télédistribution pourrait ainsi estimer qu'elle reçoit un traitement favorable par comparaison.

En outre, l'industrie de la télédistribution devrait se satisfaire du fait que nos recommandations au sujet des droits exclusifs empêcheront l'utilisation non autorisée de leurs signaux de télévision payante et autres émissions. Il semble juste qu'en retour, les télédistributeurs accordent une certaine réciprocité aux télédiffuseurs conventionnels en respectant leurs droits exclusifs.

Enfin, nos suggestions à l'égard de la suppression et de la substitution des messages publicitaires donnent aux télédistributeurs l'occasion d'augmenter leurs recettes, en vendant de la publicité locale au cours des émissions en provenance des stations éloignées, pourvu qu'elles s'entendent avec ces dernières pour le faire.

La Loi sur la radiodiffusion. Selon nous, ces recommandations vont dans le sens des objectifs énoncés dans la **Loi sur la radiodiffusion.** En premier lieu, la télédiffusion publique s'en trouvera stimulée davantage et l'on estime que c'est encore le moyen le plus efficace d'atteindre les objectifs nationaux prévus dans la loi.

Ensuite, nos propositions encouragent l'industrie de la production d'émissions indépendantes. Bien que cet objectif ne soit pas énoncé spécifiquement dans la **Loi sur la radiodiffusion**, il est connu qu'il tient à coeur aux responsables de la politique canadienne.

Enfin, pour les raisons déjà exposées, ces propositions améliorent la situation pécuniaire du secteur privé de la télédiffusion canadienne, en protégeant les droits sur les émissions tout en ouvrant de nouvelles avenues du point de vue financier. Et cela, sans affaiblir indûment l'industrie de la télédistribution. Si on compare nos propositions à la solution recommandée par le Comité Clyne (réglementation semblable à celle des services publics), il se pourrait bien que l'industrie se prononce en leur faveur.

Autres facteurs. Nos propositions nous semblent conformes aux principes directeurs acceptés depuis longtemps par le gouvernement au sujet des industries culturelles (voir chapitre 5); elles servent à promouvoir l'harmonie internationale (voir chapitre 6) et sont relativement simples sur le plan administratif (voir chapitre 7).

REMARQUE FINALE

Le ministère des Communications nous a demandé d'évaluer dans cette étude les avantages et les inconvénients des propositions du rapport Keyes-Brunet au sujet de l'institution d'un droit de retransmission sur les émissions canadiennes. Ce rapport, **Le droit d'auteur au Canada**, dépasse largement la simple question des droits de retransmission. Il constitue une source précieuse de renseignements et de recommandations quant à la politique en matière de droit d'auteur, et nous sommes convaincus que le gouvernement du Canada aurait tout intérêt à se pencher sérieusement sur un bon nombre des recommandations qui y sont contenues. Nous concluons néanmoins que le gouvernement ne devrait pas accepter les recommandations spécifiques de Keyes et Brunet pour ce qui est du paiement de droits d'auteur par les télédistributeurs pour la retransmission des émissions, et ce pour diverses raisons.

Le trait particulier de cette recommandation de Keyes et Brunet tient au fait qu'en créant un droit de retransmission des émissions canadiennes, tous les paiements de droits d'auteur peuvent demeurer au Canada sans aller à l'encontre de la lettre des traités internationaux. Il pourrait toutefois en résulter des difficultés sur le plan international, et ne pas même améliorer de beaucoup le rendement de la télédiffusion canadienne. En outre, elle violerait tout de même, du moins en partie, un principe historique inhérent à la politique des communications au Canada, soit le respect du fait que les fréquences sont du domaine public.

Par ailleurs, nos propositions rejoignent à la fois l'esprit et la lettre de conventions internationales sur le droit d'auteur puisque nous y insistons sur la non-discrimination fondée sur la nationalité pour ce qui est de la diffusion des émissions. Elles constituent aussi une incitation directe pour l'industrie de la production d'émissions canadiennes indépendantes. Elles reconnaissent la disparité qui existe entre les objectifs et le rendement des secteurs privé et public de la télédiffusion canadienne. Ce sont des recommandations simples à administrer, qui respectent le principe suivant lequel les fréquences sont du domaine public.

À l'heure actuelle, les pratiques en matière de télédiffusion sont loin des objectifs idéalistes exposés dans la **Loi sur la radiodiffusion**, à savoir :

> Que le système de la radiodiffusion canadienne ... (devrait) sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada.

Nous sommes convaincus que les propositions que nous avançons contribueront à harmoniser les intentions avec la pratique.

NOTES

1. Nous avons souligné au chapitre 4 (Tableau 4) que les télédiffuseurs du secteur privé consacrent plus de 40 p. 100 de leurs recettes à la programmation, tandis que la Société Radio-Canada en dépense 80 p. 100. Il ne semble donc pas déraisonnable d'obliger les télédistributeurs à consacrer 20 p. 100 de leurs recettes brutes à la production d'émissions, puisqu'ils n'auraient aucunes recettes si ces émissions n'existaient pas. Dans le chapitre 4, nous avons également évalué dans quelle mesure les recettes de l'industrie de la télédistribution ont été, et resteront sans doute, bien supérieures au montant nécessaire pour attirer de nouveaux capitaux. Nous recommandons que cette industrie contribue aux objectifs publics de la diffusion grâce au paiement de droits d'auteur, plutôt que de lui imposer une réglementation semblable à celle des services publics.

2. Étant donné que les télédistributeurs retransmettent des émissions non commerciales émises par des entreprises autres que la Société Radio-Canada (comme TVOntario et le réseau PBS), Radio-Canada aurait avantage à accroître sa proportion d'émissions non commerciales afin d'obtenir une plus grande part des redevances.

ANNEXE I

L'efficacité et l'attribution des droits de propriété

par Robert E. Babe

Nous avons souligné au chapitre 2 que le critère d'efficacité économique n'est d'aucune utilité en ce qui concerne la répartition optimale des droits de propriété. Toutefois, certains économistes ont élaboré des théories assez poussées qui semblent contredire cette affirmation. Nous étudierons donc cette question plus à fond dans la présente annexe.

Depuis Adam Smith, les économistes classiques et néo-classiques affirment que la poursuite de leurs propres intérêts par les individus, démarche facilitée par la propriété privée et l'échange des biens, contribue globalement au bien-être matériel de la société; la spécialisation, ou la " division du travail ", permet une maximisation de la production et, grâce aux mécanismes d'échange, ces biens sont utilisés de la façon la plus rationnelle qui soit. Chaque producteur crée un plus grand nombre de biens qu'il ne pourrait en consommer lui-même, sachant qu'il peut échanger ce produit contre les biens fournis par d'autres producteurs spécialisés; la compétence qui accompagne cette spécialisation maximise ainsi la " richesse des nations ".

Toutefois, cette doctrine ne donne en soi aucune indication sur le mode de répartition des droits de propriété qui permettrait de maximiser la richesse des nations. Comme on l'a déjà souligné, les droits de propriété peuvent rarement avoir un caractère exclusif en raison de l'interdépendance de ces droits. Cette constatation a donné lieu à tous les écrits sur les " facteurs externes[1] ", que l'on pourrait définir comme les coûts et les avantages sociaux dont une entreprise qui cherche à obtenir le maximum de profits ne tient pas compte lorsqu'elle détermine son niveau de production. Ces éléments sont de deux ordres : biens publics et facteurs externes en matière de propriété. Nous étudierons chacun d'eux tour à tour.

Biens publics. On dit que les marchés, ou que l'échange de biens privés, favorisent la richesse des nations en ce qui concerne les biens publics. Ces biens, que l'on appelle aussi parfois besoins sociaux, sont définis comme les biens, les services ou les besoins 1) à l'égard desquels il est impossible, ou onéreux, d'en priver ceux qui choisissent de ne pas les payer, et 2) ceux dont l'utilisation ou la consommation par certains n'empêche pas d'autres personnes de les utiliser ou de les consommer[2]. Les deux définitions que nous venons de donner sont étroitement reliées mais ne sont pas synonymes.

La difficulté inhérente au recours aux mécanismes du marché dans les cas où l'utilisation ou la consommation par certains n'enlève rien à d'autres (par exemple, les standards téléphoniques hors des heures de pointe; les moyens de transport ayant une capacité excédentaire; les signaux télédiffusés) vient de ce qu'il existe des critères contradictoires pour ce qui est de la distribution. D'une part, il ne servirait à rien d'empêcher les personnes qui ne paient pas de jouir du bien en question, puisque l'utilisation supplémentaire qui en est faite n'entraîne pas ou peu de coûts additionnels (sous réserve de la capacité d'absorption du système), ces utilisateurs en retirant ainsi des avantages même s'ils ne paient pas. Par ailleurs, en l'absence d'une compensation monétaire, les producteurs n'auraient aucun intérêt à fournir ce bien ou ces services, ou à en élargir l'offre. Les forces du marché ne proposent aucune solution précise à ce paradoxe[3].

Dans les autres cas où il serait trop onéreux ou impossible d'empêcher les personnes qui ne paient pas de jouir des biens en cause (première définition), il est question de biens publics au sens strict du terme. Tous les citoyens profitent de la défense nationale, de services de santé, de l'ordre social, etc. Si l'on ne faisait payer que les citoyens qui exprimeraient volontairement leur désir d'obtenir ces biens ou ces services, l'offre deviendrait vite insuffisante. La société doit généralement décider elle-même de fournir ces biens et les financer au moyen des impôts. Il s'avère toutefois problématique de définir des critères permettant de déterminer la quantité des biens qui devraient être fournis.

Les facteurs externes à la propriété peuvent jouer un rôle lorsque les droits des propriétaires sont interdépendants. Les dommages causés à la récolte d'un fermier par les étincelles jaillies d'une locomotive constituent un coût dont la compagnie ferroviaire ne tiendra pas compte au moment de déterminer son niveau de production, à moins qu'elle n'en soit légalement tenue responsable (c'est-à-dire que la loi prévoit une restriction concrète à ses droits de propriété). De la même façon, les dommages qu'un réseau de télédistribution pourrait ou non causer aux télédiffuseurs par l'importation de signaux éloignés ne constituent pas un facteur qu'il prendra en considération pour évaluer

le nombre de signaux qu'il importera, à moins que la loi ne l'en tienne responsable. On pourrait citer d'autres exemples pertinents, tels que la présence d'agents cancérigènes sur les lieux de travail, les pluies acides, etc.

Ronald Coase a démontré cependant qu'en l'absence de coûts de transaction (c'est-à-dire les coûts associés à une entente) et en présumant que la péréquation des richesses n'a pas d'effet sur l'utilisation des ressources, la répartition initiale des droits de propriété (que ce soit au fermier ou à la compagnie ferroviaire, ou encore au télédiffuseur ou au télédistributeur) n'aura par ultimement de répercussions[4]. Si les droits sont accordés à la compagnie ferroviaire, le fermier est libre de s'entendre avec celle-ci afin de maîtriser l'émission d'étincelles en lui offrant un montant équivalent ou inférieur aux dommages que lui causeraient ces jaillissements s'ils n'étaient pas contrôlés. De la même façon, si les droits sont d'abord accordés au fermier, la compagnie ferroviaire aurait intérêt à lui verser une compensation pour les dommages qu'elle pourrait lui causer, pourvu que cela représente pour elle la solution la plus économique. On soutient donc que, dans un cas comme dans l'autre, " ... la partie qui peut légalement éviter l'interférence de l'autre choisira le moyen le plus efficace, ou le moins coûteux pour la solution du litige[5] ".

Malgré l'assurance qui nous a été donnée à l'encontre de cette assertion, la répartition initiale des droits de propriété est tout de même importante. Tout d'abord, les coûts de transaction pourraient être élevés, ce qui empêcherait les parties intéressées de conclure une entente, les facteurs externes demeurant alors présents. Par exemple, il est onéreux de passer un contrat avec un grand nombre de titulaires de droits. " Lorsque les coûts de transaction sont élevés, les droits exclusifs ont tendance à promouvoir l'inefficacité, qu'il s'agisse du droit de polluer ou de ne pas être victime de la pollution[6] ". En outre, la connaissance des faits doit être sensiblement la même pour les deux parties si elles veulent conclure une transaction, ce qui n'est pas toujours le cas : les travailleurs qui contractent un cancer en raison de leur milieu de travail peuvent ignorer leur condition pendant vingt ans après leurs débuts dans cette entreprise.

Essentiellement, toutefois, la répartition des droits aura un effet sur les biens qui sont produits et la valeur que la société leur attribue. Par exemple, une usine de papier qui ne serait pas tenue responsable de la pollution pourrait déverser du mercure dans l'eau et mettre ainsi en danger la santé et la vie des pêcheurs autochtones; si la compagnie est reconnue responsable, on protégera la santé des pêcheurs mais l'usine pourrait devoir fermer, ou réduire son personnel.

Par conséquent, ces notions d'efficacité et de maximisation des richesses n'ont de signification que dans le cadre d'une certaine répartition des revenus et d'un système de propriété. Cependant, les économistes qui se demandent (comme il leur appartient de le faire) ce qui constitue la " meilleure " distribution des revenus et de la propriété doivent faire des recommandations objectives en ce qui a trait à l'élaboration de lignes de conduite, puisque toutes ces recommandations auront une incidence sur la répartition des revenus et de la propriété. On peut donc constater que, sous ses apparences d'objectivité, la théorie économique repose sur des notions fragiles. Il existe un grand nombre de possibilités de production globale qui seraient " efficaces " et qui " maximiseraient " les richesses, chacune d'entre elles étant caractérisée par une distribution différente des revenus et un système distinct de droit de propriété. Il est évident que la répartition des droits aujourd'hui contribue à façonner la société de demain. La propriété fait plus que donner simplement le droit à un certain revenu; elle contribue à déterminer ce que les gens acquièrent. Si les revenus étaient répartis autrement, différents biens seraient achetés. En d'autres mots, l'évaluation que fait une société de ses richesses dépend de la distribution qui en est faite et cette distribution détermine (en partie) les éléments qui composent les richesses de cette société.

C'est le mathématicien Kurt Gödel qui a prouvé qu'aucune construction mathématique ne se suffit à elle-même. Le théorème de l'insuffisance élaboré par Gödel énonce que " ... toutes les formulations axiomatiques de la théorie des nombres contiennent des propositions aléatoires[7] ", ce qui signifie que pour prouver certains axiomes d'un système mathématique, il faut faire appel à des notions extérieures à ce système, un processus qui n'en finit pas.

Devons-nous alors nous surprendre que le système économique soit également circulaire et, partant, aléatoire ? Il faut s'en remettre à des notions étrangères à l'économie pour choisir les critères permettant de prendre des décisions au sujet des droits relatifs de notre système économique. Il est donc parfaitement évident que la " science " économique repose sur des jugements très subjectifs. Bien que l'on puisse à juste titre dire que la propriété constitue le moyen permettant à la société d'atteindre ses objectifs (ou à certains de ses membres de réaliser certains de leurs objectifs), ces objectifs dépendent eux-mêmes en partie du système de propriété. Il sera en fin de compte nécessaire de poser des choix politiques et moraux, lesquels seront probablement plus ou moins influencés par l'ordre économique prévalant.

NOTES

1. Voir E.J. Mishan, "The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay", **Journal of Economic Literature**, vol. IX (mars 1971) n° 1, pp. 1-28.

2. Voir Richard Musgrave, **The Theory of Public Finance: A Study in Political Economy** (New York, McGraw-Hill, 1959); et C.E. Ferguson, **Microeconomical Theory**, 3e éd. (Homewood, Irwin, 1972), p. 499.

3. Voir Alfred E. Kahn, **The Economics of Regulation: Principles and Institutions, vol. 1, Principles**, (New York, Wiley, 1970), chapitre 4; voir aussi Jora R. Minasian, "Television Pricing and the Theory of Public Goods", et Paul A. Samuelson, "Public Goods and Subscription TV: Correction of the Record", **Journal of Law and Economics**, vol. VII (octobre 1964).

4. Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", **Journal of Law and Economics**, vol. 3 (1960), n° 3.

5. Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, p. 17.

6. **Ibid.**, p. 25.

7. Douglas R. Hofstadter, **Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid**, (New York, Basic Books, 1979), p. 17. Voir aussi Jacob Bronowksi, **The Origins of Knowledge and Imagination** (New Haven, Yale University Press, 1978), pp. 67-89.

ANNEXE II

Analyse de *Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre*

par Robert E. Babe

INTRODUCTION

Notre mandat comprenait l'analyse de l'étude réalisée par S.J. Liebowitz intitulée **Paiement de droits d'auteur pour la câblodiffusion : le pour et le contre**[1] qui constituait l'un des documents de travail commandé par la Direction de la recherche et des affaires internationales du ministère de la Consommation et des Corporations, dans le cadre du processus de révision de la **Loi sur le droit d'auteur.**

Le professeur Liebowitz a conclu son analyse par les remarques suivantes quant à la justification de l'imposition d'un paiement de droit d'auteur pour la retransmission des émissions par les télédistributeurs :

> Notre conclusion est donc que la câblodistribution a influencé le mécanisme de liaison de telle sorte que les tarifs publicitaires ont augmenté. De ce fait, il n'y a pas lieu d'imposer aux propriétaires des entreprises de câblodistribution le paiement de droits d'auteur ... Les propositions visant à obliger les réseaux de câblodiffusion à payer les droits d'auteur n'ont pas leur raison d'être[2].

Nous exposons dans cette annexe les motifs de notre désaccord avec ces conclusions. Selon nous, celles-ci dépendent à la fois d'un certain nombre de postulats idéologiques que les auteurs du présent rapport ne partagent pas, et de certaines hypothèses techniques qui pourraient s'avérer erronées. Avant de nous pencher sur ces points toutefois, nous présenterons un bref résumé du rapport Liebowitz.

SOMMAIRE DE L'ÉTUDE

Selon le professeur Liebowitz, on devrait obliger les télédistributeurs à verser des droits d'auteur si, et seulement si, l'exploitation de leurs réseaux faisait diminuer les recettes dans le contexte nord-américain, en raison de ses effets négatifs sur les liens préexistants entre la taille de l'auditoire et les recettes publicitaires. Les recettes provenant de la télédiffusion sont directement reliées à la taille de l'auditoire; la télédistribution pourrait modifier ce rapport. Si elle devait en effet modifier ce rapport à tel point qu'un auditoire d'une taille donnée deviendrait moins intéressant économiquement pour un télédiffuseur, il faudrait alors (et seulement alors, selon l'auteur) obliger les télédistributeurs à payer des droits d'auteur. Bien que Liebowitz admette que la télédistribution pourrait avoir d'autres effets négatifs sur les recettes publicitaires, il soutient que ces répercussions n'ont pas d'importance en ce qui a trait aux droits d'auteur[3].

L'auteur évoque quatre situations pouvant avoir une incidence sur ce lien existant entre la taille de l'auditoire et les recettes publicitaires : la fragmentation du marché; la croissance des grandes stations et l'affaiblissement des petites; la modification des habitudes d'écoute des téléspectateurs; et la segmentation de l'auditoire. Nous résumerons maintenant ces effets possibles[4].

La fragmentation du marché a lieu lorsque les téléspectateurs locaux choisissent de regarder des signaux éloignés importés par câble. Si les auditoires locaux sont plus intéressants pour les commanditaires que les auditoires éloignés, la télédistribution pourrait alors entraîner une détérioration du lien entre la taille de l'auditoire et les recettes publicitaires en faisant diminuer les auditoires locaux, même si les télédistributeurs obtenaient un gain équivalent en téléspectateurs éloignés[5].

En second lieu, si la relation entre la taille de l'auditoire et les recettes publicitaires n'est pas linéaire, ces recettes pourraient décroître si les stations plus importantes ôtaient des téléspectateurs aux petites stations, grâce à l'importation de signaux par câble[6].

Troisièmement, en augmentant le choix de canaux, la télédistribution pourrait faire augmenter le nombre total d'heures d'écoute de la télévision, auquel cas le câble contribuerait à faire augmenter les recettes des télédiffuseurs[7].

Enfin, en segmentant les auditoires par la diffusion d'émissions spécialisées (en raison de la plus grande diversité d'émissions disponibles), la télédistribution pourrait aussi occasionner la segmentation de l'auditoire au chapitre de la publicité, ce qui

amènerait une meilleure correspondance entre les messages publicitaires et l'auditoire qu'ils visent. La télédistribution pourrait en ce sens accroître les recettes publicitaires[8].

Liebowitz a ensuite évalué ces quatre effets hypothétiques de la télédistribution en se servant d'un modèle économétrique. Il utilise les prix facturés au commanditaire comme principale variable dépendante (" carte de tarif ") afin de mesurer les recettes provenant de la télédiffusion. Par ailleurs, il emploie entre autres les variables indépendantes suivantes : les heures d'écoute de télévision par personne, par ville; le pourcentage des foyers abonnés au câble; la variable démographique en fonction des revenus et de l'emploi; les heures d'écoute hebdomadaires des téléspectateurs locaux et celles des téléspectateurs éloignés, ainsi que la segmentation de l'auditoire (ou indice de Herfindahl). Toutefois, la variable indépendante essentielle est l'indice de Herfindahl que l'on définit comme suit : " ... la somme des parts du marché au carré, où la part du marché d'une entreprise (la station) est représentée par le pourcentage des produits écoulés sur ce marché (les heures d'écoute) provenant de cette entreprise[9] ".

En se fondant sur cette analyse économétrique, l'auteur conclut que les auditoires locaux étant plus intéressants pour les commanditaires que les auditoires éloignés, la fragmentation des auditoires par le câble contribue donc à faire diminuer les recettes publicitaires[10]; que la relation entre la taille de l'auditoire et les recettes publicitaires n'est pas linéaire, ce qui signifie que la télédistribution pourrait entraîner une baisse des revenus des petites stations de télévision au profit des stations plus importantes[11]; que la télédistribution fait augmenter les heures d'écoute, multipliant ainsi les recettes des télédiffuseurs[12]; que la télédistribution accroît l'efficacité de la télévision comme médium publicitaire, ce qui contribue à faire augmenter les recettes[13]; et que, dans l'ensemble :

> ... la câblodistribution a influencé le mécanisme de liaison de telle sorte que les tarifs publicitaires ont augmenté. De ce fait, il n'y a pas lieu d'imposer aux propriétaires des entreprises de câblodistribution le paiement de droits d'auteur[14].

ANALYSE DES POSTULATS IDÉOLOGIQUES

Le professeur Liebowitz part d'un certain nombre de postulats idéologiques interreliés au sujet du droit d'auteur, et du rôle et de la nature de la télédiffusion au Canada. Comme nous l'avons souligné dans le sommaire de son étude, il en conclut que le paiement de droits d'auteur n'est nécessaire que si, et seulement si, la télédistribution

a un effet négatif sur le lien existant entre les recettes publicitaires et le nombre total de téléspectateurs dans le contexte nord-américain.

Tout d'abord, le droit d'auteur est perçu en ce sens comme un droit de nature monopolistique auquel on devrait résister à moins que de solides arguments n'en justifient l'existence[15]. Nous avons déjà contesté cette affirmation au chapitre 4.

En second lieu, l'auteur tient pour acquis que le système actuel de télédiffusion au Canada fonctionne de façon satisfaisante, et que s'il devenait nécessaire d'adopter des mesures, celles-ci devraient se limiter au maintien du statu quo plutôt qu'à la recherche d'améliorations[16]. En présumant que le système actuel fonctionne bien, l'auteur avance en fait deux autres hypothèses : d'une part, il attache peu d'importance, voire aucune, à la télédiffusion **canadienne en soi** et, d'autre part, il suppose que ce système de télédiffusion financé par la publicité est efficace. Examinons ces deux hypothèses.

Le fait que l'auteur estime négligeable l'incidence de la télédistribution sur les télédiffuseurs canadiens (par opposition aux télédiffuseurs nord-américains) ressort, dans son étude, par son peu d'insistance sur la deuxième question mentionnée ci-dessus. Il est à noter d'ailleurs qu'il n'a consacré que trois pages à ce sujet et qu'il a déclaré :

> Si le Canada pouvait s'abstenir complètement de payer des droits (en éliminant tous les télédiffuseurs canadiens, par exemple), il pourrait bénéficier gratuitement de tous les avantages des stations américaines. Grâce aux STAC, les Canadiens pourraient encore regarder des émissions[17] ...

Ce qui nous donne à penser qu'il n'accorde pas à la télédiffusion au Canada la même importance que lui donnent les responsables en cette matière.

En outre, le professeur Liebowitz contredit ses propres conclusions au sujet de l'inefficacité d'un système de télédiffusion financé par la publicité, en avançant par la suite " ... que le système actuel fonctionnait bien avant l'introduction des STAC[18] ", alors qu'il commençait son étude en soutenant que la publicité ne constitue pas un mode de financement efficace de la télédiffusion.

Ces postulats sont déterminants pour amener l'auteur à conclure qu'on ne devrait pas obliger les télédistributeurs à payer des droits d'auteur. Il est évident que si l'on considère que le droit d'auteur est indésirable en soi, qu'on ne devrait attribuer aucune valeur à la télédiffusion canadienne en tant que telle, que le système actuel de

télédiffusion fonctionne bien, et que l'intervention gouvernementale devrait se limiter au maintien du statu quo plutôt qu'à la recherche d'améliorations, on peut fort bien en arriver à la conclusion qu'on ne devrait imposer le versement de droits d'auteur que si, et seulement si, la télédistribution sape les revenus de l'ensemble des télédiffuseurs nord-américains.

Si, en revanche, on estime que le droit d'auteur constitue un droit de propriété parmi d'autres et qu'il ne tient pas du monopole à proprement parler; que la télédiffusion canadienne représente une certaine valeur et qu'on devrait l'encourager; que le système actuel ne fonctionne pas bien pour les raisons exposées au chapitre 3; et que le gouvernement devrait essayer d'améliorer le système actuel plutôt que de simplement maintenir le statu quo, on pourra sans doute se former une opinion toute différente de la nécessité du paiement de droits d'auteur par les télédistributeurs.

ANALYSE DES HYPOTHÈSES MÉTHODOLOGIQUES

L'auteur pose en outre un certain nombre d'hypothèses méthodologiques pour faire une analyse empirique de l'incidence de la télédistribution sur les télédiffuseurs nord-américains. Dans la présente section, nous en étudierons deux : l'utilisation des prix (carte de tarif) comme moyen de calculer les recettes, et l'indice de Herfindahl.

Les prix utilisés pour calculer les revenus. Afin d'analyser l'effet de la télédistribution sur la situation financière des télédiffuseurs nord-américains, l'auteur fait une analyse régressive des " cartes de tarif ", c'est-à-dire les listes de prix des stations de télévision pour leurs diverses heures d'antenne, en les comparant à un certain nombre de variables " indépendantes ", pour déterminer l'incidence de ces variables indépendantes sur les prix. Cette méthode n'est valable que dans la mesure où les listes de prix constituent de bons indicateurs des recettes publicitaires. Dans le cas contraire, l'analyse de l'auteur n'atteindra pas l'objectif qu'elle poursuit.

Les recettes correspondent au nombre de périodes vendues multipliées par le prix unitaire. Bien que le prix de vente d'une Mercedes Benz puisse représenter plusieurs fois le prix de vente d'une Toyota, ces seuls renseignements ne permettent pas de conclure que les recettes de la compagnie Mercedes Benz sont obligatoirement beaucoup plus élevées que les recettes du fabricant de Toyota.

De la même façon, en ce qui concerne la publicité télévisée, un certain nombre de motifs permettent de penser que les listes de prix pourraient ne pas constituer un bon indicateur des recettes. Tout d'abord, en utilisant ces listes de prix, on suppose que les tarifs ne varient pas en fonction du nombre de messages publicitaires, ou

d'autres facteurs; ou, alternativement, que toutes les stations offrent des escomptes semblables, et approximativement dans les mêmes proportions, ce qui ne semble pas réaliste. En outre, l'utilisation des cartes de tarif laisse croire que les stations ont vendu tout leur temps de publicité, ou que toutes les stations ont environ le même nombre de créneaux publicitaires invendus; il n'existe aucune raison d'ajouter foi à cette assertion. Par ailleurs, la méthodologie employée tient pour acquis que la carte de tarif, sur laquelle on retrouve différents prix pour différentes périodes de la journée, peut être indexée en l'absence de données relatives au nombre de créneaux vendus. Cette hypothèse est complètement irréaliste; de fait l'auteur n'essaie même pas de calculer cette indexation mais emploie plutôt une simple moyenne de deux périodes publicitaires.

Compte tenu des problèmes que nous venons de mentionner, et dont certains ont été reconnus par l'auteur lui-même, le professeur Liebowitz a entrepris de mesurer la justesse des cartes de tarif pour calculer les recettes. Il ne s'agit pas d'un test complet, mais il n'en reste pas moins qu'il ne permet pas de vérifier l'hypothèse que les prix constituent de bons indicateurs des recettes. Il est intéressant de citer intégralement ses remarques :

> Il est possible d'estimer jusqu'à quel point ces pratiques réduisent les tarifs publicitaires qui figurent sur la liste des prix courants. On a choisi trois stations (deux stations importantes, CBLT à Toronto et CFTM à Montréal, et une petite station, CBC à Charlottetown) et calculé le montant auquel s'élèveraient leurs recettes de publicité si tout le temps alloué pour la publicité au cours d'une semaine était vendu au tarif courant établi pour un message de trente secondes. Le montant le plus élevé a ensuite été divisé par le nombre d'heures d'écoute individuelle de ces stations, pour obtenir la valeur d'une heure d'écoute par téléspectateur. Les résultats ont été respectivement de 3,5 cents, 4,7 cents et 4,5 cents pour CBLT, CBC et CFTM. Puis le montant total affecté à la publicité télévisée en 1978 (environ 400 millions de $) a été divisé par le nombre total d'heures d'écoute individuelle par année, au Canada, ce qui a donné un montant de 0,87 cents l'heure. Il est bien évident que les revenus sont très inférieurs au maximum possible[19] ".

Il ajoute néanmoins ceci : " ... l'hypothèse que les tarifs publicitaires courants reflètent les conditions relatives de l'offre et de la demande sera maintenue[20] ".

L'indice de Herfindahl. L'autre variable importante qu'emploie l'auteur dans ses analyses de régression est l'indice de Herfindahl, auquel il fait subir une série de traitements. Tel qu'indiqué dans le sommaire de l'étude de Liebowitz, cet indice est défini comme " la somme des parts du marché au carré, où la part du marché d'une entreprise est représentée par le pourcentage des produits écoulés sur ce marché (heures d'écoute) provenant de cette entreprise[21] ". L'auteur introduit d'abord cette mesure des forces du marché en émettant la supposition que dans les marchés très concentrés, les stations de télévision peuvent fixer des prix relativement élevés en s'entendant entre elles, tandis qu'elles ne pourraient pas le faire dans les marchés dispersés[22]. On s'attendrait donc, dans ce cas, à une corrélation positive entre les cartes de tarif et l'indice de Herfindahl[23].

Les analyses régressives révèlent cependant une " corrélation négative importante " entre ces deux éléments[24], ce qui amène l'auteur à conclure que " la présence d'un effet autre qu'un pouvoir de monopole est évidente[25] ". Il tient en outre pour acquis qu'il existe une relation négative (et importante) entre l'indice de Herfindahl et les taux de pénétration du câble[26].

Étant donné cette hypothèse (vérifiée par la suite), et puisqu'il existe également une relation négative entre l'indice de Herfindahl et les prix du temps de publicité, il en conclut qu'il existe une relation positive entre la pénétration du câble et les listes de prix (carte de tarif). Parce que les listes de prix sont utilisées comme indicateurs des recettes, il en déduit qu'il existe une relation positive entre un taux de pénétration élevé et les recettes. L'auteur établit ensuite un rapport entre les deux taux de pénétration du câble et les recettes provenant de la télédiffusion et déclare que la télédistribution a eu pour effet d'augmenter les recettes de la télédiffusion[27].

Dans l'annexe de l'étude, l'indice de Herfindahl " ... ne sert plus de mesure approximative du niveau de pénétration du câble, comme c'était le cas dans l'étude initiale. Ce n'est plus ici que l'un des multiples aspects des effets de la câblodiffusion[28] ". L'auteur poursuit :

> En particulier, cet indice mesure l'aptitude des publicitaires à rejoindre des catégories spéciales de téléspectateurs en fonction de leurs goûts, ainsi que la probabilité que les spectateurs regardent la télévision avec beaucoup plus d'intérêt parce qu'ils ont un plus grand choix d'émissions[29].

Liebowitz procède ensuite à une analyse régressive des cartes de tarif par rapport à l'indice de Herfindahl et à d'autres variables et se rend de nouveau compte que plus la concentration est faible sur un marché, plus les cartes de tarif sont élevées[30]. Par la suite, l'indice de Herfindahl (qui est maintenant intitulé " Segmentation de l'auditoire ") fait l'objet d'une équation de régression en fonction de la pénétration du câble et d'autres variables[31], et l'auteur découvre que plus la pénétration du câble est élevée, plus l'auditoire est segmenté (c'est-à-dire, plus le taux de concentration est bas)[32]. Il en conclut encore une fois que la télédistribution fait augmenter les listes de prix des télédiffuseurs et, partant, leurs recettes.

La principale difficulté que nous éprouvons à l'égard de l'indice de Herfindahl et du raisonnement qui l'accompagne a trait à l'explication avancée à posteriori par l'auteur. Lorsqu'on suit une " méthode scientifique ", on pose généralement une hypothèse qui entraîne certaines prédictions, qui sont ensuite vérifiées; si ces prédictions se confirment par l'expérience empirique, l'hypothèse n'est pas rejetée. Dans son étude, le professeur Liebowitz émet l'hypothèse que les stations de télévision s'arrangeront entre elles pour fixer les prix dans les marchés très concentrés; il a éprouvé cette hypothèse, en vérifiant sa prédiction à l'effet que les prix seront relativement élevés dans les marchés très concentrés, pour la rejeter ensuite, puisque les conclusions empiriques ne confirmaient pas ces prédictions. Fort bien jusque-là. Mais par la suite, le professeur Liebowitz utilise ses observations empiriques, soit que les cartes de tarif sont relativement peu élevées dans les marchés très concentrés, pour justifier une théorie qui n'a jamais été vérifiée, soit que la télédistribution enrichit les télédiffuseurs en segmentant leur auditoire, ce qui contribue à faire de la télévision un médium publicitaire plus efficace. Cette hypothèse non vérifée, émise à posteriori, constitue le fondement sur lequel il se base pour tirer ses conclusions au sujet de la politique en matière de droit d'auteur.

Nous aurions plus confiance en cette hypothèse émise à la lumière des conclusions de l'enquête empirique si certaines de ses implications avaient été par la suite contrôlées et vérifiées, ce qui n'est pas le cas. Par conséquent, nous ne pouvons écarter la possibilité que l'auteur ait simplement découvert une corrélation entre deux variables (nombre de stations concurrentes et cartes de tarif), sans avoir réussi à détecter cependant le facteur, ou les facteurs, qui contribuent à cette corrélation. Par exemple, s'il existe un grand nombre de stations concurrentes sur les marchés importants (comme Montréal, Toronto et Vancouver) et que ces marchés sont considérés indispensables par les commanditaires, par comparaison aux marchés de moindre envergure où les stations sont moins nombreuses (Peterborough, Moose Jaw et Red Deer) et qui ne sont pas aussi importants pour les

campagnes publicitaires, on peut alors rejeter l'explication de l'auteur au sujet du rôle positif de la télédistribution, ou, à tout le moins, la minimiser[33]. Il pourrait également exister d'autres explications.

CONCLUSION

Nous attachons toutefois beaucoup de mérite à l'étude de Liebowitz. La corrélation découverte entre la concentration des marchés et les cartes de tarif est intéressante et suggère des recherches plus approfondies; la répartition des téléspectateurs abonnés au câble et les autres en divers groupes démographiques afin de déterminer leurs différentes habitudes d'écoute est également digne d'intérêt, et la liste des vertus que nous prêtons à cette étude pourrait encore s'étendre.

Néanmoins, pour les motifs énoncés dans cette annexe, nous estimons que les responsables de la politique sur le droit d'auteur ne devraient pas suivre la recommandation contenue dans l'étude Liebowitz, mais s'interroger sur l'exactitude de la principale conclusion empirique.

NOTES

1. (Ministre des Approvisionnements et Services pour le ministère de la Consommation et des Corporations, 1980).

2. **Ibid.**, p. 95 et Sommaire.

3. **Ibid.**, p. 95.

4. Bien que nous contestions cette notion qu'on ne devrait imposer le paiement de droits d'auteur aux télédistributeurs que si leurs activités modifient le lien existant entre la taille de l'auditoire et les recettes publicitaires, nous nous sentons obligés de souligner à ce stade qu'aucun des éléments qui peuvent changer ce lien, selon Liebowitz, n'ont obligatoirement cet effet. L'auteur déclare vouloir déterminer si la télédiffusion modifie la relation R = f(A), R étant les recettes provenant de la diffusion, A étant la taille de l'auditoire et f, " le lien ". La valeur de R et A pourrait être modifiée pour l'une ou l'autre des quatre raisons mentionnées, sans changer le " lien ", soit f. Par exemple, le simple fait que la télédiffusion fragmente les auditoires ne signifie pas que la valeur d'un téléspectateur éloigné ou d'un téléspectateur local change pour autant, mais on retrouve implicitement ce raisonnement dans l'étude de la modification du " lien " entre les recettes et les auditoires. Dans le même ordre d'idées, nous éprouvons certaines difficultés à comprendre les réticences du professeur Liebowitz à se pencher sur les conséquences potentiellement différentes de la télédiffusion sur les télédiffuseurs américains et canadiens; nous comprenons mal pourquoi cette question n'est pas traitée comme le sujet des différences existant entre petites et grandes stations, que M. Liebowitz estime pertinentes par exemple.

5. **Ibid.**, pp. 30 à 60.

6. **Ibid.**, pp. 31 à 75.

7. **Ibid.**, pp. 31 à 81.

8. **Ibid.**, p. 87.

9. **Ibid.**, p. 42.

10. **Ibid.**, pp. 72 à 75.

11. **Ibid.**, pp. 75 à 81.

12. **Ibid.**, pp. 81 à 87.

13. **Ibid.**, pp. 87 et 88.

14. **Ibid.**, p. 95.

15. **Ibid.**, p. 1.

16. **Ibid.**, p. 33.

17. **Ibid.**, p. 33.

18. **Ibid.**, p. 7.

19. **Ibid.**, pp. 44 et 45.

20. **Ibid.**, p. 45.

21. **Ibid.**, p. 43.

22. **Ibid.**, p. 33; " relativement élevé " signifie un coût élevé par millier de téléspectateurs.

23. **Ibid.**, pp. 43, 47, 49.

24. **Ibid.**, p. 57.

25. **Ibid.**, p. 58.

26. **Ibid.**, p. 65.

27. **Ibid.**, pp. 64 à 68.

28. **Ibid.**, pp. 71, 72.

29. **Ibid.**, p. 72.

30. **Ibid.**, pp. 73, 87.

31. **Ibid.**, p. 87.

32. **Ibid.**, p. 87.

33. Robert E. Babe développe l'idée qu'il existe un fondement institutionnel à cette autre explication, **La câblodistribution et les télécommunications au Canada : analyse économique**, pp. 188 à 212; voir également, O.J. Firestone, **Broadcast Advertising In Canada: Past and Future Growth**, (Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1966).

ANNEXE III

Extraits de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis*

réunis par Conrad Winn

ARTICLE III - RESTRICTIONS AUX DROITS D'EXCLUSIVITÉ : RETRANSMISSION

(b) RETRANSMISSION D'UNE TRANSMISSION PREMIÈRE À UN GROUPE RESTREINT

Nonobstant les dispositions des paragraphes (a) et (c), la rediffusion publique de la transmission première d'une oeuvre, ou de son exécution, constitue une infraction à l'article 501 et donne entièrement matière aux sanctions prévues aux articles 502 à 506 et 509, si la transmission première n'est pas prévue pour réception par le grand public, mais qu'elle est plutôt contrôlée pour en restreindre la réception à des auditoires précis. Toutefois, une telle retransmission ne constitue pas une infraction donnant matière à sanctions, si :

1) La transmission première est diffusée par une station titulaire d'une licence de la Federal Communications Commission (FCC), et que

2) la diffusion des signaux de la retransmission est exigée en vertu des règles, règlements ou autorisations de la FCC, et que

3) le diffuseur secondaire ne modifie et ne change en rien le signal du diffuseur premier.

* N.d.T. - La traduction ci-après d'un extrait de la loi sur le droit d'auteur en vigueur aux États-Unis est donnée à titre d'information seulement. Seul le texte anglais de la loi fait foi.

(c) **RETRANSMISSION PAR CÂBLE**

1) Sous réserve des dispositions des alinéas (2), (3) et (4) du présent paragraphe, la retransmission publique, par un système de télédistribution, de la transmission première d'une oeuvre, ou de son exécution, diffusée par une station titulaire d'une licence de la FCC ou de l'organisme gouvernemental compétent du Canada ou du Mexique, doit faire l'objet d'une licence obligatoire après avoir satisfait aux exigences du paragraphe (d), lorsque la diffusion des signaux de la retransmission est permissible en vertu des règles, règlements ou autorisations de la FCC.

2) Nonobstant les dispositions de l'alinéa (1) du présent paragraphe, la retransmission publique intentionnelle ou répétée, par un système de télédistribution, de la transmission première d'une oeuvre, ou de son exécution, diffusée par une station titulaire d'une licence de la FCC ou de l'organisme gouvernemental compétent du Canada ou du Mexique, constitue une infraction à l'article 501 et donne entièrement matière aux sanctions prévues aux articles 502 à 506 et 509, dans les cas suivants :

(A) lorsque la diffusion des signaux de la retransmission n'est pas permise en vertu des règles, règlements ou autorisations de la FCC, ou

(B) lorsque le télédistributeur n'a pas donné la notification prescrite au paragraphe (d), ni présenté l'état financier et le droit d'auteur exigibles en vertu dudit paragraphe.

3) Nonobstant les dispositions de l'alinéa (1) ci-dessus et sous réserve des dispositions du paragraphe (e) du présent article, la retransmission publique par un télédistributeur de la transmission première d'une oeuvre, ou de son exécution, diffusée par une station titulaire d'une licence de la FCC ou de l'organisme gouvernemental compétent du Canada ou du Mexique, constitue une infraction à l'article 501 et donne entièrement matière aux sanctions prévues aux articles 502 à 506 et 509 et 510, si le contenu de l'émission en cause, ou quelque message publicitaire ou annonce de la station, transmis par le diffuseur premier pendant, ou immédiatement avant ou après cette émission, est volontairement changé par le télédistributeur, que ce soit par modification, suppression ou substitution des messages publicitaires produits par des personnes qui s'occupent d'études du marché en publicité commerciale à la télévision, à moins que la compagnie d'étude du marché ait obtenu le consentement préalable de l'annonceur qui a acheté le message publicitaire original, celui de la station de télévision qui le diffuse, et celui du télédistributeur qui en effectue la retransmission, et pourvu que la modification, la suppression ou la substitution de l'annonce en cause n'ait pas pour objet de tirer un revenu de la vente du temps d'antenne publicitaire.

4) Nonobstant les dispositions de l'alinéa (1) du présent paragraphe, la retransmission publique par un télédistributeur de la transmission première d'une oeuvre, ou de son exécution, diffusée par une station titulaire d'une licence délivrée par l'organisme gouvernemental compétent du Canada ou du Mexique, constitue une infraction à l'article 501 et donne entièrement matière aux sanctions prévues aux articles 502 à 506 et 509, si (A) en ce qui concerne les signaux du Canada, l'agglomération où est situé le système de télédistribution se trouve à plus de 150 milles de la frontière canado-américaine et en deça du 42e parallèle, ou si (B) en ce qui concerne les signaux du Mexique, la retransmission est faite par un système de télédistribution qui a reçu la transmission première autrement que par interception directe des ondes radioélectriques émises en espace libre par une telle station de télédiffusion; sauf si, avant le 15 avril 1976, un tel système de télédistribution transmettait déjà ou était expressément autorisé à distribuer le signal d'une telle station étrangère, conformément aux règles, règlements ou autorisations de la FCC.

(d) LICENCE OBLIGATOIRE POUR LA RETRANSMISSION PAR LES SYSTÈMES DE TÉLÉDISTRIBUTION

1) Pour toute retransmission devant faire l'objet d'une licence obligatoire en conformité avec le paragraphe (c), le télédistributeur doit, au moins un mois avant la date du commencement de son exploitation ou dans les 180 jours suivant la promulgation de la présente Loi, le délai le plus long étant retenu, et, par la suite, au cours des 30 jours suivant tout changement de propriété ou de contrôle du groupe de signaux distribués par le télédistributeur, donner au Bureau du droit d'auteur une notification renfermant une déclaration de l'identité et de l'adresse du propriétaire ou de l'exploitant du service de retransmission, ou encore de l'actionnaire majoritaire, ainsi que le nom et l'emplacement du ou des diffuseurs premiers dont les signaux sont habituellement distribués par le télédistributeur et, par la suite, de fournir les renseignements complémentaires que le responsable du Registre du droit d'auteur, après consultation du Tribunal du droit d'auteur (lorsqu'un tel tribunal est constitué), pourrait exiger par règlement pour mettre en application l'objet du présent alinéa.

2) Un télédistributeur dont les signaux de retransmission ont fait l'objet d'une licence obligatoire conformément au paragraphe (c) doit, tous les semestres, présenter au Registre du droit d'auteur, suivant les exigences réglementaires dictées par le responsable après consultation du Tribunal du droit d'auteur (lorsqu'un tel tribunal est constitué) :

(A) un état financier portant sur les six mois antérieurs, qui indique le nombre de canaux sur lesquels le télédistributeur a retransmis des signaux à ses abonnés, les noms et emplacements des diffuseurs premiers dont les émissions ont été retransmises par le télédistrisbuteur, le nombre total d'abonnés, les montants bruts payés au télédistributeur en contrepartie du service de base de transmission des émissions des diffuseurs premiers, et tous les autres renseignements que le responsable du Registre du droit d'auteur pourrait exiger en vertu des règlements, après consultation du Tribunal du droit d'auteur (lorsqu'un tel tribunal est constitué). Cet état doit aussi contenir un relevé comptable particulier portant sur toutes les émissions de télévision hors-réseau que le télédistributeur a distribuées en tout ou en partie à l'extérieur de la zone de service locale du diffuseur premier, en conformité avec les règles, règlements ou autorisations de la FCC permettant la substitution ou l'adjonction de signaux, dans certaines circonstances, ainsi que les registres montrant les heures, les dates, les stations et les émissions en cause dans chaque substitution ou adjonction de signal;

(B) sauf lorsqu'il s'agit d'un télédistributeur pour lequel le droit d'auteur est prescrit au sous-alinéa (C) ou (D), un droit d'auteur global applicable à la période visée dans l'état financier et calculé d'après des pourcentages spécifiés des recettes d'abonnement brutes du service de télédistribution au titre du service de base de retransmission des émissions des diffuseurs premiers pendant la période en cause, à savoir :

(i) 0,675 de 1 p. 100 de ces recettes brutes pour le privilège de retransmettre intégralement ou en partie toute émission hors-réseau d'un diffuseur premier au delà de la zone de service locale de ce dernier, le montant étant déductible du droit exigible en vertu des sous-alinéas (ii) à (iv), s'il en est;

(ii) 0,675 de 1 p. 100 de ces recettes brutes pour le premier équivalent de signal éloigné;

(iii) 0,425 de 1 p. 100 de ces recettes brutes pour les deuxième, troisième et quatrième équivalents de signaux éloignés;

(iv) 0,2 de 1 p. 100 de ces recettes brutes pour le cinquième équivalent de signal éloigné, et pour chaque autre équivalent de signal éloigné; et

dans le calcul des montants à payer en vertu des sous-alinéas (ii) à (iv) ci-dessus, toute fraction d'un équivalent de signal éloigné sera calculée à sa valeur fractionnelle et, dans le cas de tout système de télédistribution situé en partie à l'intérieur et en partie à

l'extérieur de la zone de service locale d'un diffuseur premier, les recettes brutes seront limitées aux recettes brutes provenant d'abonnés qui ne captent pas le service local de ce diffuseur premier;

(C) si les recettes brutes réelles versées par les abonnés à un service de télédistribution pendant la période visée dans l'état financier au titre du service de base de retransmission des émissions d'un diffuseur premier n'excèdent pas 80 000 $, les recettes brutes du télédistributeur seront calculées, aux fins du présent sous-alinéa, en soustrayant de ces recettes brutes réelles le montant qui correspond à la différence entre 80 000 $ et lesdites recettes brutes réelles. Cependant, les recettes brutes du télédistributeur ne devront en aucun cas être ramenées à moins de 3 000 $. Le droit d'auteur exigible en application du présent sous-alinéa sera de 0,5 de 1 p. 100, quel que soit le nombre d'équivalents de signaux éloignés, s'il en est;

(D) si les recettes brutes réelles versées par les abonnés à un service de télédistribution pendant la période visée dans l'état financier au titre du service de base de retransmission des émissions d'un diffuseur premier excèdent 80 000 $ mais ne dépassent pas 160 000 $, le droit d'auteur à payer en application du présent sous-alinéa correspondra à (i) 0,5 de 1 p. 100 de toutes les recettes brutes pour les premiers 80 000 $; et (ii) 1 p. 100 de toutes les recettes brutes dans la fourchette des 80 000 $ à 160 000 $, quel que soit le nombre d'équivalents de signaux éloignés, s'il en est.

(3) Le responsable du Registre du droit d'auteur reçoit tous les droits versés en application du présent article et, après avoir déduit les dépenses raisonnables engagées par le Bureau du droit d'auteur dans l'application du présent article, crédite le reste au Trésor des États-Unis suivant les modalités prescrites par le Secrétaire du Trésor. Tous les fonds confiés au Secrétaire du Trésor doivent être investis dans des valeurs américaines portant intérêt en vue de leur versement ultérieur, avec intérêt, par le Tribunal du droit d'auteur, comme le prévoit la présente loi. Deux fois par année, le responsable du Registre doit fournir au Tribunal du droit d'auteur la compilation de tous les états financiers touchant la période de six mois pertinente stipulée à l'alinéa (2) du présent paragraphe.

(4) Les droits d'auteurs ainsi crédités doivent être versés, selon les méthodes prescrites à l'alinéa (5), à ceux des titulaires de droit d'auteur ci-après qui soutiennent que leurs oeuvres ont été retransmises par des télédistributeurs au cours du semestre en cause, soit :

(A) À tout titulaire de droit d'auteur dont l'oeuvre a paru en tout ou en partie dans la retransmission par un télédistributeur d'une émission de télévision hors-réseau, à l'extérieur de la zone de service locale du diffuseur premier; et

(B) À tout titulaire de droit d'auteur dont l'oeuvre a paru dans une retransmission indiquée dans un état financier distinct présenté en conformité avec le sous-alinéa (2) (A); et

(C) À tout titulaire de droit d'auteur dont l'oeuvre a paru en tout ou en partie dans une émission hors-réseau consistant exclusivement en signaux sonores distribués par un télédistributeur à l'extérieur de la zone de service locale du diffuseur premier de cette émission.

(5) Les droits d'auteur ainsi crédités doivent être versés selon les modalités suivantes :

(A) Chaque année, au cours du mois de juillet, quiconque estime avoir droit aux redevances de licence obligatoire pour la retransmission d'une émission doit présenter une requête au Tribunal du droit d'auteur suivant les règles imposées par ledit Tribunal. Nonobstant les dispositions des lois antitrust, aux fins du présent alinéa, tous les requérants peuvent s'entendre sur la répartition proportionnelle des redevances de licence obligatoire, ou réunir leurs requêtes et les présenter simultanément ou conjointement, ou encore désigner un agent commun qui recevra le paiement en leur nom.

(B) Chaque année, après le premier août, le Tribunal du droit d'auteur détermine s'il y a litige concernant la répartition des droits d'auteur. S'il constate qu'il n'y a pas de litige, il déduit les frais d'administration raisonnables qu'il a engagés dans l'application du présent article, et répartit ensuite les redevances aux titulaires de droit d'auteur admissibles, ou à leurs agents autorisés. Si le Tribunal juge qu'il y a litige, il entend l'affaire conformément au chapitre 8 de la présente loi, afin de décider de la répartition des droits d'auteur.

(C) Tant qu'une insistance introduite en vertu du présent paragraphe est pendante, le Tribunal du droit d'auteur doit garder en réserve un montant suffisant pour couvrir toutes les requêtes à l'égard desquelles il existe un litige, mais peut à sa discrétion procéder à la distribution de tous les montants non visés dans la controverse.

RÉFÉRENCES

Andreski, Stanislaw, **Social Science as Sorcery**, London, Andre Deutsch, 1972.

Auld, Douglas **et al.**, **Canadian Federation at the Crossroads**, Vancouver, Fraser Institute, 1978.

Babe, Robert E., **Structure, réglementation et performance de la télévision canadienne**, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada pour le Conseil économique du Canada, 1979.

Babe, Robert E., **La câblodiffusion et les télécommunications au Canada : analyse économique**, East Lansing, MSU International Business and Economic Studies, 1975.

Babe, Robert E., "Public and Private Regulation of Cable Television: A Case Study of Technological Change and Relative Power", **Canadian Public Administration** (été 1974).

Babe, Robert E., "Les empires télévisuels", **In Search/En Quête** (hiver 1980).

Babe, Robert E., "Concentration of Control in the Canadian Cable Television Industry", **Regulatory Reporter**, Conseil canadien de la documentation juridique, I (1980).

Babe, Robert E., Slayton et Philip, **Competitive Procedures for Broadcasting - Renewal and Transfer**, rapport préparé pour le ministère des Communications, Ottawa, 1980.

Bain, Joe S., "Relation of Profit Rate to Industry Concentration", **Quarterly Journal of Economics**, (août 1951).

Bain, Joe S., **Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries**, Cambridge (Mass.), Harvard, 1965.

Barnouw, Erik, **The Sponsor: Notes on a Modern Potentate**, Oxford, Oxford University Press, 1978.

Beigie, Carl, "An Economic Framework for Policy Action in Canadian Telecommunications", dans H.E. English, éd., **Telecommunications for Canada: An interface of Business and Government**, Toronto, Methuen, 1973.

Bell, Daniel, **The Cultural Contradictions of Capitalism**, New York, Basic Books, 1976.

Bell, Daniel, "The Social Framework of the Information Society", dans Michael L. Dertouzos et Joel Moses, éd., **The Computer Age: A Twenty Year View**, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1979.

Ben-David, J. et Clark, Terry Nichols, éd., **Culture and its Creators: Essays in Honor of Edward Shils**, Chicago, University of Chicago Press, 1977.

Bentham, Jeremy, "Security and the Equality of Property", dans C.B. Macpherson, éd., **Property: Mainstream and Critical Positions**, Toronto, University of Toronto Press, 1978.

Berle, Adolph A. et Means, Gardiner C., **The Modern Corporation and Private Property**, New York, Harcourt, Brace and World, revu et corrigé 1967.

Besen, Stanley; Manning, Willard et Mitchell, Bridger, "Copyright Liability for Cable Television: Compulsory Licencing and the Coase Theorem", **Journal of Law and Economics**, 21, (avril 1978).

Bonbright, James, **Principles of Public Utility Rates**, New York, Columbia, 1961.

Boulding, Kenneth, **Economic Analysis: Vol. I Microeconomics**, New York, Harper and Row, 4e éd., 1966.

Bronowski, Jacob, **The Origins of Knowledge and Imagination**, New Haven, Yale University Press, 1978.

Brown, J.J., **Ideas in Exile**, Toronto, McClelland and Stewart, 1967.

Byers, R.B. et Redford, Robert W., éd., **Canada Challenged: The Viability of Confederation**, Toronto, Institut canadien des affaires internationales, 1979.

Canadian Cablesystems Limited, **Requête en vue d'obtenir le contrôle de la compagnie Premier Communications Limited**, 1980.

Canadian Cablesystems Limited, **Mémoire au CRTC au sujet du contenu canadien et de sa révision**, juillet 1980.

Carey, James W., "Harold Adams Innis and Marshall McLuhan", dans Raymond Rosenthal, éd., **McLuhan Pro and Con**, Baltimore, Penguin, 1969.

Chase, Samuel B., éd. **Problems in Public Expenditure Analysis**, Washington, Brookings, 1968.

Coase, R.H., "The Federal Communications Commission", **Journal of Law and Economics**, III (1960).

Coase, R.H., "The Problem of Social Cost", **Journal of Law and Economics**, III (1960).

Cohen, Morris, "Property and Sovereignty", dans C.B. Macpherson, éd., **Property: Mainstream and Critical Positions**, Toronto, University of Toronto Press, 1978.

Comoner, William et Mitchell, Bridger, "Cable Television and the Impact of Regulation", **Bell Journal of Economics and Management Science**, 2 (1971).

Comité consultatif des télécommunications et de la souveraineté canadienne (J.V. Clyne, président), **Le Canada et la télécommunication**, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada pour le ministère des Communications, 1979.

Comité d'étude de la politique culturelle fédérale, **Parlons de notre culture : Guide de discussion**, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980.

Comité sur l'extension du service aux petites localités éloignées et à celles du Nord (Réal Therrien, président), **Les années 80 : décennie de la pluralité - Radiodiffusion, satellites et télévision payante**, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada pour le CRTC, 1980.

Conklin, Maxwell R. et Goldstein, Harold T., "Census Principles of Industry and Product Classification, Manufacturing Industries", **Business Concentration and Price Policy**, rapport du National Bureau of Economic Research, Princeton, Princeton University Press, 1955.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, **La radiodiffusion et les télécommunications canadiennes : l'expérience du passé, les choix pour l'avenir**, Ottawa, CRTC, 1980.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, **Rapport spécial sur la radiodiffusion au Canada 1968-1978**, vol. 1, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada pour le CRTC, 1979.

Conseil économique du Canada, **Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle**, Ottawa, Information Canada, 1971.

Council of Canadian Filmmakers, CTV Network Ltd., **Mémoire présenté au CRTC à l'égard de la demande de renouvellement de la licence du réseau**, le 17 janvier 1979.

de Sola Pool, Ithiel, "Direct Broadcast Satellites and the Integrity of National Cultures", dans Kaarle Nordensterng et Herbert I. Schiller, éd., **National Sovereignty and International Communication: A Reader**, Norwood (N.J.), Ablex, 1979.

Donner and Lazar Research Associates, **Examen des répercussions financières de l'amendement apporté en 1976 à l'article 19.1 de la Loi sur l'impôt sur le revenu (C-58) sur les télédiffuseurs des États-Unis et du Canada**, Ottawa, ministère des Communications, 1979.

Edmunds, Hugh, **et al., A Study of the Independent Production Industry with Respect to English Language Programs in Canada with Recommendations for Policy Action**, Vol. 1, Windsor, Centre for Communications Studies, University of Windsor, 1976.

Elliot, George P., "The Enemies of Intimacy", **Harper's Magazine**, juillet 1980.

Ellul, Jacques, **The Ethics of Freedom**, Grand Rapids, Wm. B. Eerdmans, 1975.

E.R.A. Consulting Economics Economists Inc., **An Evaluation of the Impact on the Canadian Feature Film Industry of the Increase to 100% of the Capital Cost Allowance**, préparé pour le Secrétariat d'État, 1979.

Ferguson, C.E., **Microeconomic Theory**, 3e éd., Homewood, Irwin, 1972.

Firestone, O.J. **Broadcast Advertising in Canada: Past and Future Growth**, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1966.

Galbraith, John Kenneth, **The New Industrial State**, Boston, Houghton Mifflin, 1967.

Galbraith, John Kenneth, **Economics and the Public Purpose**, Boston, Houghton Mifflin, 1973.

Gans, Herbert, **Popular Culture and High Culture**, New York, Basic Books, 1975.

Globerman, Steven et Rothman, Mitchell, **An Economic Analysis of a Performers' Right**, rapport préparé pour le ministère de la Consommation et des Corporations, 1979.

Good, Leonard, **An Econometric Model of the Canadian Cable Television Industry and the Effects of the CRTC Regulation**, thèse de doctorat, University Western Ontario, 1974.

Greenberg, Edward et Barnett, Harold, "TV Program Diversity - New Evidence and Old Theories", **American Economic Review**, (1971).

Heintzman, Ralph, "Liberalism and Censorship", **Journal of Canadian Studies**, (hiver 1978-1979).

Hofstadter, Douglas R., **Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid**, New York, Basic Books, 1979.

Hotelling, Harold, "Stability in Competition", **Economic Journal**, XXXIX (1929).

Innis, Harold A., **Empire and Communications**, Toronto, University of Toronto Press, 1951.

Innis, Harold A., **The Bias of Communications**, Toronto, University of Toronto Press, 1951.

International Institute of Quantitative Economics (Université Concordia), **Economic Study of the Financial and Market Characteristics of the 16 Largest CATV Companies in Canada**, rapport préparé pour le ministère des Communications, Ottawa, 1974.

Jearson, Francis, **L'action culturelle dans la cité**, Paris, Éditions du Seuil, 1973.

Johnson, A.W., "Reflecting Canada and the Regions", **Canadian Forum**, (février 1977).

Johnson, A.W., **Philosophie et plan d'action de Radio-Canada**, Ottawa, Société Radio-Canada, 1977.

Johnston, C.C., **Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes**, rapport préliminaire présenté à la Commission de réforme du droit du Canada, 1979.

Jones, William K., "Use and Regulation of the Radio Spectrum: Report on a Conference", dans **The Radio Spectrum: Its Use and Regulation**, Washington, Bookings, 1968.

Kahn, Alfred E., **The Economics of Regulation: Principles and Institutions, Vol. 1 Principles**, New York, Wiley, 1970.

Kaufman, Gordon D., **Relativism, Knowledge and Faith**, Chicago, University of Chicago Press, 1960.

Keyes, A.A. et Brunet, C., **Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la Loi**, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada pour le ministère de la Consommation et des Corporations, 1977.

Kline, Morris, **Mathematics: The Loss of Certainty**, New York, Oxford, 1980.

Kuhn, Thomas, **The Structure of Scientific Revolutions**, Chicago, University of Chicago Press, 2e éd., 1969.

Lahore, James, **Copyright**, Sydney (Australie), Butterworths, 1977.

Lapointe, Alain et Le Goff, Jean-Pierre, **L'industrie de la production d'émissions de télévision**, étude préparée pour le ministère des Communications, Ottawa, 1980.

Lasch, Christopher, **The Culture of Narcissism**, New York, Norton, 1978.

Laurence, John Shelton et Timberg, Bernard, **Fair Use and Free Inquiry: Copyright Law and the New Media**, Norwood (N.J.), Ablex, 1980.

Lebel, Maurice, " La culture et l'humanisme de notre âge de transition ", **Revue de l'Université d'Ottawa**, (octobre-décembre 1976).

Levin, Harvey J., **The Invisible Resource: Use and Regulation of the Radio Spectrum**, Baltimore, John Hopkins Press, 1971.

Levin, Harvey J., **Fact and Fancy in Television Regulation: An Economic Study of Policy Alternatives**, New York, Russell Sage Foundation, 1980.

Levin, Harvey J., "Program Duplication, Diversity and Effective Viewer Choices: Some Empirical Findings", **American Economic Review** (1971).

Lippmann, Walter, **The Public Philosophy**, New York, Mentor, 1955.

Machlup, Fritz, **Knowledge: Its Creation, Distribution and Economic Significance, Vol. 1: Knowledge and Knowledge Production**, Princeton, Princeton University Press, 1980.

Mander, Jerry, **Four Arguments for the Elimination of Television**, New York, Morrow Quill, 1978.

Manitoba, Communication and Information Services Division, Department of Consumer and Internal Services, **Broadcasting and Cable Television: A Manitoba Perspective**, Winnipeg, Imprimeur de la Reine, 1974.

Mann, Michael H., "Seller Concentration, Barriers to Entry and Rates of Return in Thirty Industries 1950-1960", **Review of Economics and Statistics** (août 1966).

Mark, Charles C., **La politique culturelle aux États-Unis**, Paris, UNESCO, 1969.

Macpherson, C.B., éd., **Property: Mainstream and Critical Positions**, Toronto, University of Toronto Press, 1978.

McFadyen, Stuart Hoskins, Colin et Gillen, David, **Canadian Broadcasting: Market Structure and Economic Performance**, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1980.

McGowan, John et Peck, Merton, **Estimating Consumers' Valuation of Additional Programming from CATV Data**, polycopié, non publié, non daté.

McKay, Bruce, **The CBC and the Public: Management Decision Making in the English Television Service of the Canadian Broadcasting Corporation 1970-1974**, thèse de doctorat, Stanford University, 1976.

McNulty, Jean, **Other Voices in Broadcasting: The Evolution of New Forms of Local Programming in Canada**, rapport préparé pour le ministère des Communications, Ottawa, 1979.

Meisel, John, "Political Culture and the Politics of Culture", **Canadian Journal of Political Science**, (décembre 1974).

Mill, John Stuart, "Of Property", dans C.B. Macpherson, éd., **Property: Mainstream and Critical Positions**, Toronto, University of Toronto Press, 1978.

Minasian, Jora, "Television Pricing and the Theory of Public Goods", **Journal of Law and Economics**, (octobre 1964).

Mishan, E.J., "The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay", **Journal of Economic Literature**, IX (mars 1971).

Musgrave, Richard, **The Theory of Public Finance: A Study in Political Economy**, New York, McGraw-Hill, 1959.

Nimmer, Melville B., **A Preliminary View of the Copyright Act of 1976: Analysis and Text**, New York, Matthew Bendes, 1977.

Nordenstreng, Kaarle et Schiller, Herbert I., éd., **Natural Sovereignty and International Communication**, Norwood (N.J.), Abler, 1979.

Ontario, Commission royale d'enquête sur la violence dans le secteur des communications, **Rapport, vol. 1 : Exposé du problème, conclusions et recommandations**, Toronto, Imprimeur de la Reine, 1977.

Ostry, Bernard, **The Cultural Connection: An Essay on Culture and Government Policy in Canada**, Toronto, McClelland and Stewart, 1978.

Peers, Frank W., **The Politics of Canadian Broadcasting 1920-1951**, Toronto, University of Toronto Press, 1969.

Peers, Frank W., **The Public Eye: Television and the Politics of Canadian Broadcasting 1952-1968**, Toronto, University of Toronto Press, 1979.

Perrakis, Sylanos et Silva-Echenique, Julio, **The Profitability and Risk of CATV Operations in Canada**, rapport préparé pour le ministère des Communications, 1980.

Philips, Charles, **The Economics of Regulation**, Homewood, Irwin, 1969.

Ploman, Edward W. et Hamilton, L. Clark, **Copyright: Intellectual Property in the Information Age**, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1980.

Polanyi, Michael, **Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy**, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

Posner, Richard, **Economic Analysis of Law**, Boston, Little Brown, 1972.

Québec, **Le Québec maître d'oeuvre de la politique des communications sur son territoire**, Québec, Éditeur officiel, 1973, réimpression 1980.

Québec, ministère des Communications, **Vers une politique québécoise en matière de communication**, Québec, Éditeur officiel, 1971.

Québec, Développement culturel et scientifique, **La juste part des créateurs : pour une amélioration du statut socio-économique des créateurs québécois**, Québec, Éditeur officiel, 1980.

Québec, ministère d'État au Développement culturel, **La politique québécoise du développement culturel**, 2 vol., Québec, Éditeur officiel, 1978.

Reich, Charles, "The New Property", dans C.B. Macpherson, éd., **Property: Mainstream and Critical Positions**, Toronto, University of Toronto Press, 1978.

Rémillard, Gil, **Le fédéralisme canadien**, Montréal, Québec/Amérique, 1980.

Samuels, Warren J., "Interrelations Between Legal and Economic Processes", **Journal of Law and Economics**, XIV (octobre 1971), 2.

Samuelson, Paul A., "Public Goods and Subscription TV: Correction of the Record", **Journal of Law and Economics**, VII (octobre 1964).

Schafer, D. Paul, **Aspects de la politique culturelle canadienne**, Paris, UNESCO, 1976.

Schneider, Louis et Bonjean, Charles, éd., **The Idea of Culture in the Social Sciences**, Cambridge, Cambridge, 1973.

Schultz, Richard J., **Le fédéralisme et le processus réglementaire**, Ottawa, Bureau des relations fédérales-provinciales, 1978.

Schwartz, Tony, **The Responsive Chord**, Garden City, Anchor Press/Doubleday, 1974.

Scitovsky, Tibor, **The Joyless Economy**, New York, Oxford University Press, 1976.

Shepherd, William G., **The Treatment of Market Power: Antitrust, Regulation and Public Entreprise**, New York, Columbia University Press, 1975.

Smith, Adam, **Wealth of Nations**, Harmondsworth, Pelican, 1970, première publication 1776.

Société Radio-Canada, **Rapports annuels.**

Société Radio-Canada, **Les Services de programmation de Radio-Canada,** extrait du mémoire présenté au CRTC à l'appui de la demande de renouvellement des licences du réseau, mai 1978.

Statistique Canada, **Radiodiffusion et télédiffusion** (annuel) nº de catalogue 56-204.

Statistique Canada, **Équipement ménager**, (annuel) nº de catalogue 64-202.

Statistique Canada, **Télédistribution**, (annuel) nº de catalogue 54-205.

Steiner, George, **In Bluebeard's Castle: Some Notes Towards the Re-definition of Culture**, London, Faber and Faber, 1971.

Steiner, Peter, "Program Patterns and Preferences and the Workability of Competition in Radio Broadcasting", **Quarterly Journal of Economics**, 1952.

Stocking, George et Mueller, Willard, "The Cellophane Case and the New Competition", **American Economic Review**, XLV 1955.

Symons, T.H.B., **To Know Ourselves: The Report of the Commission on Canadian Studies**, vol. I et II, Ottawa, Association des universités et collèges du Canada, 1975.

Tawney, R.H., "Property and Creative Work", dans C.B. Macpherson, éd., **Property: Mainstream and Critical Positions**, Toronto, University of Toronto Press, 1978.

Trudeau, le très honorable Pierre Elliott, **Le temps d'agir : jalons du renouvellement de la fédération canadienne**, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1978.

UNESCO, **Réflexions préalables sur les politiques culturelles**, Paris, UNESCO, 1969.

Van Loon, Richard J. et Whittington, Michael S., **The Canadian Political System**, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, dates et éditions diverses.

Western Premiers' Task Force on Constitutional Trends, (l'honorable Rafe Mair, président), **Troisième rapport**, (1979).

Wiles, Peter, "Pilkington and the Theory of Value", **Economic Journal**, 1953.

Winn, Conrad, "Department of the Secretary of State - Potpourri or Cultural Mandate", dans G.B. Doern, éd., **Spending Tax Dollars: Federal Expenditures 1980-81**, Ottawa, Carleton School of Public Administration, 1980.

Winn, Conrad, "Mass Communications", dans Conrad Winn et John McMenemy, **Political Parties in Canada**, Scarborough, McGraw-Hill Ryerson, 1976.

Winn, Marie, **The Plug-In Drug**, New York, Viking, 1977.

Wood Gundy Ltd., **Progress Report: The Cable Television Industry**, le 26 février 1975.